

Die Haftung des Staates für seine Funktionäre nach der Gesetzgebung der schweizerischen Kantone

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

WERNER ZEHNTER

von Basel

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. H. Nef

Zürich 1952

Juris-Verlag

Die Haftung des Staates für seine Funktionäre nach der Gesetzgebung der schweizerischen Kantone

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

WERNER ZEHNTNER

von Basel

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. H. Nef

Zürich 1952

Juris-Verlag

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 28. Oktober 1950.



Der Dekan:
Prof. Dr. G. Weiss

Meinen lieben Eltern



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INHALTSVERZEICHNIS

1. Abschnitt: ALLGEMEINES

1. Öffentliches Recht — Privatrecht	7
2. Die Haftungsverhältnisse (Staat-Dritter-Beamter)	9
3. Die bundesrechtlichen gesetzlichen Grundlagen	10
4. Quellen innerhalb der kantonalen Kompetenz	13
5. Das Legalitätsprinzip	15
6. Lücken in den kantonalen Gesetzen, Analogie, ergänzende Anwendung von Art. 41 ff OR	16
7. Die Haftungssubjekte	18
8. Der Anspruchsberechtigte	23
9. Der Schädiger	25
10. Die schädigende Handlung	27
11. Die Widerrechtlichkeit	32
12. Schaden, Schadenersatz, Genugtuung, Mitverschulden des Geschädigten	36
13. Der Kausalzusammenhang	38

2. Abschnitt: DIE HAFTUNGSSYSTEME

A. Die akzessorische Staatshaftung

1. Das Wesen dieser Haftungsart	41
2. Die gesetzlichen Grundlagen	43
3. Das Haftungssubjekt	44
4. Der schädigende Akt	44
5. Die Widerrechtlichkeit	45
6. Das Verschulden	46
7. Kausalzusammenhang	49
8. Die Untergruppen	49
a) Die subsidiäre Staatshaftung	49
aa) Das Wesen	49
bb) Die Voraussetzungen	50
cc) Amtsbürgschaften und Kautionen	51
dd) Prozessrechtliches	52
ee) Der Rückgriff	52
ff) Die praktische Bedeutung	53
Die Besonderheiten der einzelnen kantonalen Gesetze	55
b) Die direkte, akzessorische Staatshaftung	61
aa) Das Wesen	61
bb) Rückgriff und Verjährung	62
cc) Verfahren	63
dd) Geschichtliche Entwicklung	65
ee) Besonderheiten der kantonalen Gesetze	66
c) Haftung des Staates nach verweigerter Verfolgungsermächtigung (VG des Bundes, Kt. Freiburg, Kt. Thurgau)	79

B. Die originäre Staatshaftung

1. Kritik der akzessorischen Staatshaftung	84
2. Das Wesen der originären Haftung	85

3. Gesetzliche Grundlagen und Quellen	85
4. Die Hauptmerkmale einer originären Haftung	86
5. Die Untergruppen	88
a) Die Haftung für fremdes Verschulden	88
aa) für fremdes Verschulden	88
α) Ausschliessliche Haftung des Staates gegenüber dem Geschädigten	88
β) Das Verschulden des Beamten als Voraussetzung der Haftung des Staates	90
γ) Besonderheiten der einzelnen kantonalen Gesetze	97
bb) Haftung für fremdes objektiv widerrechtliches Verhalten	102
b) Der Staat haftet für sein eigenes fehlerhaftes Verhalten	107

L I T E R A T U R

- Affolter, Zur Lehre von der Persönlichkeit des Staates, Archiv für öffentliches Recht, Bd. 20, S. 375.
- Delius, Amtshaftung, Berlin 1901.
- Duguit, Léon, Traité de droit constitutionnel, 2ième éd. S. 256 ff. Paris 1923 und 3ième éd. 1924 S. 451.
- Egger, August, Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Zürich 1930.
- Tendenz der jüngsten Privatrechtsgesetzgebung.
- Escher, H., Schweizerisches Bundesbeamtenrecht, Zürcher Diss. 1903.
- Fisch, Die Verantwortlichkeit der Kantone nach ZGB Art. 955, Zürcher Diss. 1939.
- Fleiner, F., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923.
- Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Auflage, Neudruck für die Schweiz, Zürich 1939.
- Frey, Hermann, La responsabilité de l'Etat du chef des actes illicites commis par ses organes, fonctionnaires et employés dans l'exercice de leurs fonctions au préjudice des particuliers, Diss. Neuenburg 1916.
- Gay, Edmond, La responsabilité civile des fonctionnaires publics en droit Valaisan, Diss. Bern 1932.
- Giacometti, Z., Ueber die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsinstituten in der Judikatur des schweizerischen Bundesgerichtes, Tübingen 1924.
- Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zürich 1941.
- Gierke, v., Haftung des Staates und der Gemeinden für Beamte, Referat für den 28. Dt. Juristentag 1905, S. 112.
- Goebel, H., Haftpflichtvoraussetzungen des Staates für Amtspflichtverletzungen bei Betätigung der öffentlichen Gewalt. Diss. Freiburg 1937.
- Haff, K., Institutionen der Persönlichkeitslehre und des Körperschaftsrechtes, Zürich 1918.
- Harion, M., Précis de droit administratif et de droit public, vol. I, 2ième éd. Paris 1927.
- Hauser, A., Ueber den Ersatzanspruch aus amtspflichtmässig rechtswidrigen Staatsakten, Diss. Zürich 1934.
- Homberger, A., Haftpflicht ohne Verschulden, Zeitschr. Schw. R. nF. 49 Ia.
- Hürlimann, Die Haftung des Bundes und der Militärpersonen für den im Militärdienst entstandenen Schaden. Diss. Bern 1925.
- Jellinek, G., Allgemeine Staatslehre, Berlin 1929.
- Imboden, Max, Erfahrungen auf dem Gebiete der Verwaltungsrechtssprechung in den Kantonen und im Bund, nF. Bd. 66, S. 25 f. ZSR.
- Im Hof, Das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis, nF. Bd. 48, S. 233 a ff. ZSR.
- Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 5. Auflage, Tübingen 1911.
- Lehmann, Die Haftung der Kantone nach ZGB Art. 955 SJZ 17, S. 41 ff.
- Loening, Die Haftung des Staates, Frankfurt 1879.
- Löffler, Die Haftung des Arztes, Diss. Zürich 1946.
- Mayer, Otto, Die juristische Person und ihre Verwendbarkeit im öffentlichen Recht. Festgabe für Laband, Tübingen 1908.
- Messmer G. Föderalismus und Demokratie (in Studien zur Staatslehre und Rechtsphilosophie, Zürich 1946.
- Oftinger, Karl, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 1942.
- Oser-Schönenberger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 5. Band, das Obligationenrecht, 2. Auflage, Zürich 1936.
- Ott, C., La révision de la loi fédérale sur la responsabilité des autorités et des fonctionnaires de la Confédération du 9 décembre 1850. ZSR nF. 31, S. 745 ff.

- Du Pâsquier, Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit, Neuchâtel 1937.
- Reichlin, Von der Schadenersatzpflicht der Beamten, Beitrge zur Schweiz. Verwaltungskunde, Heft 29, Zürich 1935.
- Renold, P., Die allgemeine Vermögenshaftpflichtversicherung, Basel 1937.
- Roos, G., Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des bernischen Staatsbeamten und die Haftung des Staates ZBJV 75, S. 322 ff.
- Ruck, E., Schweizerisches Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Zürich 1934.
- Sager, A., Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit der eidgenössischen Behörden und Beamten aus rechtswidrigen Amtshandlungen dem Bunde und den Dritten gegenüber. Diss. Zürich 1940.
- Schaller, Die disziplinarische und vermögensrechtliche Verantwortlichkeit von Behörden und Beamten im Kanton Zug. Diss. Zürich 1944.
- Schelhorn, Amtshaftung, Berlin 1925.
- Schütz, A., Die Ersatzpflicht des Staates für den durch seine Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt rechtswidrig verursachten Schaden im schweizerischen Recht. Diss. Zürich 1918.
- Secretan, La responsabilité civile extra-contractuelle de l'Etat et de ses fonctionnaires a l'égard des particuliers en droit fédéral et en droit cantonal. Journal des tribunaux, 8ième année (1933), S. 130 ff.
- Sprecher v. Bernegg, Ueber die Entschädigungspflicht des Staates bei Ausübung der öffentlichen Gewalt, Berner Diss. 1921.
- Stödter, Die öffentlichrechtliche Entschädigung, Hamburg 1933.
- Stadlin, Die zivilrechtliche Haftung des Richters für Schäden aus Amtspflichtverletzung, Zürcher Diss. 1934.
- Thilo, Notes sur la responsabilité de l'Etat en cas d'arrestation illégale; JT 78 I 227 ff.
- Tuor, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 5. Auflage, Zürich 1948.
- v. Tuhr, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Tübingen 1924.
- Vogt, A., Die Aufsicht der Kantone über die Gemeinden, Diss. Bern 1923.
- Werner, G., Le contrôle judiciaire à Genève, Genf 1925.
- Ziegler, Die Haftung des Staates und der Gemeinden für Versehen und Vergehen ihrer Beamten, ZSR nF. 7, S. 481 ff.

VORWORT

Dadurch, dass der Bund den Kantonen die Gesetzgebungskompetenz bezüglich der Regelung ihrer Schadenersatzpflicht bei Schädigung Dritter durch kantonale Funktionäre im wesentlichen belassen hat, herrscht heute auf diesem Gebiet eine grosse Vielfalt.

Mit der vorliegenden Arbeit soll versucht werden, den heutigen Stand der kantonalen Gesetzgebung zu erfassen und die verschiedenen Lösungsmöglichkeiten, die die kantonalen Gesetzgeber gefunden haben, einander systematisch gegliedert gegenüberzustellen.

Unberücksichtigt bleiben hier diejenigen Kantone, die auf dem Boden der alleinigen persönlichen Verantwortlichkeit der öffentlichen Funktionäre stehen geblieben sind. Es sind dies die Kantone Schwyz, Ob- und Nidwalden, Zürich, St. Gallen, Appenzell beider Rhoden und Tessin. (Dass es sich bei diesen Kantonen, wäre nicht die Ausnahme von Uri, um ein territorial zusammenhängendes Gebiet handelt, sei hier nur kuriositätshalber erwähnt.)

Die bei allen Gesetzen gleichbleibenden Probleme, wie die Abgrenzung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, die Abgrenzung zwischen eidgenössischer und kantonaler Gesetzgebungskompetenz, sowie die Darstellung der im Schadenersatzrecht geltenden Haftungsvoraussetzungen werden in einem allgemeinen Teil behandelt, währenddem der besondere Teil die systematische Einordnung der kantonalen Erlasse enthält.

Die Arbeit kann bezüglich der Darstellung der kantonalen Gesetzgebung nicht den Anspruch auf absolute Vollständigkeit erheben. Wohl sind sämtliche allgemeinen kantonalen Haftungsregelungen berücksichtigt. Daneben mögen aber noch da und dort Spezialgesetze bestehen, die sich mit der Haftung für besondere Kategorien von öffentlichen Funktionären oder mit derjenigen von bestimmten öffentlich-rechtlichen Körperschaften oder Anstalten, wie zum Beispiel Brandversicherungsanstalten, befassen.

Gesetzgebung, Literatur und Judikatur sind bis zum Jahre 1948/49 berücksichtigt. Die beigelegte Tafel der geltenden Gesetzgebung basiert auf dem Jahr 1952.

1. Abschnitt: ALLGEMEINES

1. Öffentliches Recht — Privatrecht

Öffentliches Recht und Privatrecht überschneiden sich auf dem Gebiete der Staatshaftung in mannigfacher Weise, und es ist oft schwierig festzustellen, wieweit der Einfluss des einen oder andern Rechtskreises jeweils reicht oder reichen soll. Trotzdem ist von allem Anfang an festzustellen, dass es sich bei der Schadenersatzpflicht des Staates, soweit sie widerrechtlichen obrigkeitlichen Handlungen seiner Organe entspringt, um ein Problem des öffentlichen Rechts handelt. Das ist von der Rechtswissenschaft heute weitgehend anerkannt¹. Es bedurfte aber eines langen Weges, bis es soweit war; die Entwicklung lief parallel zu derjenigen des modernen Verwaltungsrechts überhaupt. Es war vor allem die Fiskustheorie, die vorerst verhinderte, dass Staats- und Beamtenhaftung als eine Frage des öffentlichen Rechts betrachtet werden konnten. Nach ihr waren grundsätzlich alle vermögensrechtlichen Beziehungen des Staates dem Privatrecht unterstellt². Trotz der Ausbildung eines öffentlichen Rechtes blieb es bei dieser Zweiteilung. Ein und dieselbe hoheitliche Tätigkeit musste teilweise nach Zivilrecht und teilweise nach öffentlichem Recht beurteilt werden. Die Wissenschaft ist aber inzwischen einen Schritt weitergegangen. Für sie ist heute das entscheidende Kriterium bei der Beantwortung der Frage, ob öffentliches Recht oder Privatrecht gelten soll, die Gegenüberstellung der in Frage stehenden Rechtssubjekte. Wenn der Staat dem Bürger als übergeordnetes Rechtssubjekt gegenübertritt, wird

¹ Fleiner Dt. Verw. R. S. 51, Sager S. 2, Schaller S. 80, Im Hof S. 357, Giacometti: Grenzziehung S. 11 ff., Roos S. 387, 333, Reichlin S. 6, Imboden S. 27a, BGE 54 II 373: «... In Frage stehen vielmehr spezifische, von Kt. Beamten in Ausübung der staatlichen Polizeihochheit über die Strassen vorgenommene Amtshandlungen, sodass auch die daraus allfällig erwachsende Schadenersatzpflicht des Staates dem Gebiete des öffentlichen Rechts angehört.»

Ruck, Schw. Verwaltungsrecht I S. 24, 25 bezeichnet die Staatshaftung als zivilrechtliche.

Weder die Autoren, die die Staatshaftung als zivilrechtliche Haftung bezeichnen, noch das positive Recht, das meist ebenso vorgeht, lassen aber daran zweifeln, dass es sich inhaltlich um öffentliches Recht handelt.

² Fleiner S. 33, Giacometti: Grenzziehung S. 2.

das Rechtsverhältnis als Ganzes als ein öffentlichrechtliches betrachtet, währenddem andererseits das Privatrecht herrschen soll, wenn der Staat dem Bürger gegenüber als gleichberechtigter Vertragspartner auftritt³.

Eindrücklich hat sich diese Entwicklung auf einem Gebiete vollzogen, das mit der Staatshaftung in engstem Zusammenhange steht, im Beamtenrecht. Währenddem das Anstellungsverhältnis des Beamten früher ein rein privatrechtliches war, wurde es allmählich zum gemischten Rechtsverhältnis, d. h. es wurde dem öffentlichen Recht unterstellt, soweit die Zwangsgewalt des Staates reichte, währenddem alle vermögensrechtlichen Beziehungen, auch wenn sie diesem Unterordnungsverhältnis entsprungen waren, nach Zivilrecht beurteilt wurden⁴. Heute ist die rein öffentlichrechtliche Natur des gesamten Beamtenverhältnisses unbestritten⁵. Dass die Staatshaftung noch nicht so ganz eindeutig wie das Beamtenrecht als öffentlichrechtliche Erscheinung anerkannt ist, hat seinen Grund fast ausschliesslich in der formellrechtlichen Seite. Denn für die Durchsetzung solcher Ansprüche gegen den Staat (wie auch gegen den Beamten, sofern eine Staatshaftung nur in abgeschwächter Form vorhanden ist) sind, z. B. in den schweizerischen Kantonen, die Zivilgerichte zuständig. Trotzdem muss aber sowohl die Beamtenverantwortlichkeit wie auch die Staatshaftung als öffentlichrechtliche Erscheinung betrachtet werden.

Das will nun aber keineswegs heissen, dass nicht auch Erkenntnisse des Privatrechts mitverwendet werden sollen. Eine enge Anlehnung an das private Schadenersatzrecht und insbesondere an die Deliktsobligation ist im Gegenteil unerlässlich. Denn auch bei der Staatshaftung wird die Ersatzpflicht durch eine widerrechtliche Handlung begründet. Dogmatisch wäre eine völlig eigene Wege gehende, öffentlichrechtliche Behandlung zwar denkbar⁶; aber die Anlehnung an das private Schadenersatzrecht empfiehlt sich aus rechtspolitischen und aus praktischen Gründen. Denn es sind all-

³ Egger, Kommentar, 2. Aufl., Note 9 zu Art. 59 ZGB.

⁴ Giacometti, Grenzziehung, S. 4.

⁵ Giacometti, Grenzziehung, S. 2.

⁶ Es gibt Autoren, die die Haftung des Staates für widerrechtliche Handlungen seiner Beamten dem Gebiete der öffentlich-rechtlichen Entschädigung zuweisen: Sprecher S. 6, His S. 22 ff. Es spielt bei ihnen keine Rolle, ob der schädigende Akt rechtmässig oder widerrechtlich erfolgt, und es versagen folglich die Erkenntnisse des zivilen Schadenersatzrechtes.

gemeine Rechtsgrundsätze, die verlangen, dass für widerrechtlich verursachten Schaden eine Ersatzpflicht des Schädigers gegenüber dem Geschädigten entsteht. Vom Standpunkt des Verletzten aus bedeutet es kaum einen Unterschied, ob die schädigende widerrechtliche Handlung von staatlichen Organen oder von Privaten ausgegangen ist. Das positive Recht hat denn auch, soweit es diese Materie überhaupt behandelt hat, diesen Weg beschritten.

So ist denn im öffentlichen Recht ein dem zivilen Schadenersatzrecht durchaus ähnliches Gebilde entstanden⁷. Es ist deshalb weder nötig noch empfehlenswert, ein vom letzteren völlig verschiedenes System aufzubauen. Ob und wie weit im konkreten Fall auf die Normen des Zivilrechts zurückgegriffen werden kann, ist aber eine Frage für sich.

Weitere Berührungspunkte zum Privatrecht ergeben sich dort, wo die hoheitliche Tätigkeit des Staates nicht genau getrennt werden kann von seinen gewerblichen Verrichtungen. Es gibt je länger desto mehr derartige Tätigkeitsfelder des Staates. Diese Grenzfälle sind oft aufschlussreich, und gerade sie sind es, die den Nachteil einer allzu grossen Verschiedenheit in der Lösung der öffentlichrechtlichen Haftungsfrage gegenüber dem privaten Schadenersatzrecht aufdecken.

2. Die Haftungsverhältnisse (Staat-Dritter-Beamter)

Wenn von der Schadenersatzpflicht des Staates gesprochen wird, so steht naturgemäss die rechtliche Beziehung zwischen dem Staat und dem geschädigten Dritten im Vordergrund. Wir bemühen uns hier in erster Linie um die Untersuchung dieses einen Haftungsverhältnisses. Da es uns aber darum geht, die kantonalen Gesetzgebungen auf den in ihnen verwirklichten Grad von Staatshaftung und die Natur dieser Haftung zu ergründen, müssen wir auch die andern Seiten des Dreiecksverhältnisses Staat-Beamter-Bürger untersuchen.

Eine wichtige Rolle spielt das Verhältnis Beamter-geschädigter Dritter. Vom Standpunkt des Beamten aus so benannt, hat es den Namen externes Haftungsverhältnis erhalten. (Im Gegensatz zu dem auch noch zu besprechenden internen dem

⁷ Imboden S. 26 a.

Haftungsverhältnis Staat-Beamter.) Die in den meisten kantonalen Gesetzen noch vorhandene direkte Abhängigkeit der Staatshaftung von der Beamtenverantwortlichkeit zwingt uns in vielen Fällen, zuerst letztere zu bestimmen, um nachher erstere erkennen zu können. Von der internen Haftung des Beamten wie auch von der Haftung des Staates gegenüber Dritten unterscheidet sich die externe Beamtenhaftung dadurch, dass hier ein Rechtsverhältnis erst durch die widerrechtliche Amtshandlung entsteht. Die rechtmässige Amtshandlung erzeugt noch kein rechtliches, sondern lediglich ein tatsächliches Verhältnis zwischen dem öffentlichen Funktionär und dem Bürger. Es ist die Tendenz der modernen Gesetze, dieses Haftungsverhältnis immer mehr in den Hintergrund zu drängen, so dass es teilweise überhaupt ganz verschwindet⁸.

Ebensowenig darf die dritte Seite des Dreiecks vernachlässigt werden: das Haftungsverhältnis Staat-Beamter. Hier schafft nicht erst die widerrechtliche Handlung eine Rechtsbeziehung. Der Funktionär steht schon vorher zum Staat in einem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis, oder, wo dies ausnahmsweise nicht der Fall ist, doch mindestens in einem besonderen, mit der Pflicht oder Befugnis zur Ausübung von Hoheitsakten im Zusammenhang stehenden Gewaltverhältnis öffentlichrechtlicher Natur. Auch die interne Beamtenhaftung muss untersucht werden, um der Staatshaftung näher zu kommen. Hieher gehört insbesondere das Rückgriffsrecht des Staates gegen den Beamten.

3. Die bundesrechtlichen gesetzlichen Grundlagen

Die Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kanton ist wenig übersichtlich geordnet und in mancher Beziehung unklar. Es bestehen verschiedene Theorien über die Frage, wie weit kraft Bundesrecht die Gesetzgebungskompetenz der Kantone eingeschränkt ist⁹. Am meisten Kopfzerbrechen hat es verursacht, zu wissen, ob Art. 55 OR (Geschäftsherrenhaftung) auch für die öffentlichrechtlichen Körperschaften bindend sei, da doch den Kantonen nur für die

⁸ Als neueste Erlasse in diesem Sinne: Kt. Luzern, Gesetz über das Dienstverhältnis der Behörden, Beamten und Angestellten vom 28. Juni 1948, ferner neues Verwaltungsreglement der Schw. Armee.

⁹ Ausführliche Darstellung bei Secretan, S. 147 ff.

Regelung der Beamtenverantwortlichkeit freie Hand gelassen werde (Art. 61 OR), nicht aber für die Haftung des Gemeinwesens als Geschäftsherr. Demgegenüber wurde die Auffassung vertreten, dass Art. 59 ZGB nicht nur für den Bereich des Zivilgesetzbuches Geltung habe, sondern ganz allgemein dem öffentlichen Recht die Regelung sämtlicher Verhältnisse der öffentlichrechtlichen Körperschaft überlasse. Nach dieser Auffassung hätte eine Staatshaftung aus bundesrechtlichen Bestimmungen überhaupt nicht, auch nicht auf dem Gebiete der gewerblichen Verrichtung, abgeleitet werden können. Namhafte Autoren und eine konstante Rechtsprechung des Bundesgerichtes haben indessen folgender Auffassung zum Durchbruch verholfen¹⁰:

Art. 59 ZGB unterstellt die öffentlichrechtliche Körperschaft bezüglich ihrer hoheitlichen Tätigkeit dem öffentlichen Recht des Bundes bzw. der Kantone, und dies nicht nur in dem Sinne, dass sich Art. 59 nur auf den entsprechenden Abschnitt des ZGB bezieht, also auf die Regelung der Rechtsverhältnisse der juristischen Person, sondern so, dass dieser Artikel als Vorbehaltsartikel im ganzen Bundeszivilrecht zu gelten hat. Damit ist die Frage, ob bei fehlenden Staatshaftungsbestimmungen, die Schadenersatzpflicht aus Art. 55 OR (Geschäftsherrenhaftung) abgeleitet werden kann, im negativen Sinne entschieden¹¹. Wenn aber das Gemeinwesen den Rechtssubjekten des Privatrechts nicht als übergeordnetes, sondern als koordiniertes Rechtssubjekt¹² gegenüber tritt, so haftet es nach Privatrecht, d. h. es untersteht sowohl der in Art. 55 ZGB statuierten Haftung der juristischen Person wie auch der Geschäftsherrenhaftung¹³.

Ebenfalls freie Hand haben die Kantone in der Regelung der Beamtenverantwortlichkeit; Art. 61/1 OR. Gegenüber Art. 59 ZGB besteht aber der Unterschied, dass dann, wenn der Kanton von dieser Kompetenz keinen Gebrauch macht, automatisch die Bestimmungen des OR über die unerlaubte Handlung gelten, und zwar als Bundeszivilrecht und nicht als subsidiäres kantonales öffentliches Recht.

¹⁰ Secretan S. 141, Reichlin S. 14, BGE 54 II 373; 55 II 107, Oser-Schönenberger Art. 61 OR, Note 8 und 9.

¹¹ BGE 63 II 30.

¹² «Jede öffentlich-rechtliche Körperschaft ist eo ipso auch Privatrechtssubjekt» (Praxis 1946 Nr. 144). Oftringer II S. 492.

¹³ Reichlin S. 15, Secretan S. 134, SJZ 3/12, BGE 32 II 765, 71 II 227.

Für das interne Verhältnis Staat — Beamter hat Art. 61 OR keine Geltung, da Art. 362 OR bestimmt, dass die Beamten und Angestellten bezüglich ihrer Stellung zum Gemeinwesen dem öffentlichen Recht der Kantone unterstehen. Art. 362 OR hat somit für das interne Verhältnis die gleiche, das Privatrecht völlig ausschliessende Bedeutung wie Art. 59 ZGB für das Verhältnis Staat-Dritter¹⁴.

Zusammenfassend kann man sagen: Die Kantone besitzen auf dem Gebiete der Staatshaftung und der Beamtenverantwortlichkeit die Gesetzgebungskompetenz. Dies ist die Regel. Und nun die Ausnahmen:

Es war dem Bundesgesetzgeber darum zu tun, in einzelnen Fällen, in denen kantonale Beamte Bundesrecht verwirklichen, eine besondere Gewähr für das einwandfreie Funktionieren der entsprechenden Verwaltungszweige zu schaffen. Er hat zu diesem Zwecke in verschiedene Gesetze besondere Haftungsbestimmungen eingefügt.

Eine subsidiäre, von der Beamtenverantwortlichkeit abhängige Haftung ist festgelegt für das Verschulden der Zivilstandsbeamten (Art. 42 ZGB), der vormundschaftlichen Organe (Art. 427 ZGB), der Handelsregisterführer (Art. 928 OR) und der Konkursbeamten (Art. 6/7 SchKG).

Unabhängig von der Beamtenverantwortlichkeit ist die in Art. 849 ZGB statuierte Schadenersatzpflicht der Kantone, die bei unsorgfältiger Gülschätzung entsteht. Es ist dort den Kantonen freigestellt, den Beamten selbst einer geringeren oder schärferen Haftung zu unterstellen. Die Rückgriffsbestimmung von Art. 849 ZGB steht einer abweichenden Regelung nicht im Wege. Gleichermassen haften die Kantone gemäss Art. 24 des Gesetzes betr. den Verkehr mit Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen vom 8. Dezember 1905¹⁵ und gemäss Art. 7 des Gesetzes betr. des Verbotes von Kunstwein und Kunstmost vom 7. März 1912¹⁶.

Von besonderer Bedeutung ist Art. 955 ZGB, denn hier begegnet uns erstmals die reine Kausalhaftung des Staates für widerrechtliche Handlungen seiner Beamten. Sofern den Grundbuchbeamten

¹⁴ BGE I 45 I 73; 71 II 226.

¹⁵ Giacometti: das öffentliche Recht der Schweiz, 2. Aufl., S. 1150.

¹⁶ AS 19, 259.

ein Verschulden trifft, steht dem Kanton das Rückgriffsrecht zu. Die Bedeutung, die dieser neuen Haftungsart des Staates zukommt, rechtfertigt es, darüber in anderem Zusammenhange noch zu sprechen.

Bei allen soeben zitierten Gesetzesstellen ist auffallend, dass der Bund die Kantone schärfer haften lässt als seine eigene Schadenersatzpflicht bezüglich widerrechtlicher Handlungen von Bundesbeamten nach eidgenössischem Verantwortlichkeitsgesetz reicht. Bemerkenswert sind auch die verschiedenen Stufen von Staatshaftung, die hier zum Ausdruck kommen. Diese bundesrechtlichen Spezialbestimmungen sind für uns von grossem Wert, da sie aufschlussreiche Vergleiche mit den kantonalen Gesetzen zulassen, und sie zudem mithelfen, die spärliche Judikatur der kantonalen Gerichte durch bundesgerichtliche Entscheide zu bereichern.

4. Quellen innerhalb der kantonalen Kompetenz

Beamtenverantwortlichkeits- und Staatshaftungsbestimmungen können sich theoretisch auf allen Stufen des positiven Rechts vorfinden. Etliche Kantone haben die Materie ganz oder teilweise in der Verfassung geregelt. Dies ist vor allem der Fall bei der Statuierung der persönlichen Beamtenverantwortlichkeit. Einige ältere Kantonsverfassungen enthalten zudem noch Staatshaftungsbestimmungen. Bezeichnenderweise handelt es sich dabei aber durchwegs um die auf den Staat übertragene Beamtenhaftung¹⁷. Ueber die modernere, originäre Staatshaftung ist in den Kantonsverfassungen nichts zu finden.

Wo die Verfassung Staatshaftungsbestimmungen enthält, ist jeweils zu prüfen, ob durch eine solche Verfassungsbestimmung bereits unmittelbar anwendbares Recht entstanden ist, oder ob der Grundsatz der Staatshaftung seine nähere Ausgestaltung im Gesetz erhalten soll. Wegen des herrschenden Legalitätsprinzips¹⁸ kommt diesem Problem eine gewisse Bedeutung zu. Die gleiche Frage wurde schon mehrmals bei der Beamtenverantwortlichkeit gestellt.

¹⁷ Staatshaftungsbestimmungen enthalten die Kantonsverfassungen von Bern (Art. 17), BL (§ 29), BS (§ 9), SO (Art. 7), UR (Art. 17). VS (Art. 21).

¹⁸ Siehe Seite 15.

Es wurde gesagt, dass eine Verfassungsbestimmung, die lediglich bestimmt, der Beamte sei für seine Verrichtungen verantwortlich, noch kein positives Recht darstelle¹⁹. Dort liegen die Verhältnisse aber anders. Denn der Grundsatz der Beamtenverantwortlichkeit ist im eidgenössischen und kantonalen Recht anerkannt. Wenn demnach eine solche grundsätzliche Verfassungsbestimmung sich derart ausdrückt, so ist das noch keine besondere Regelung im Sinne von Art. 61 OR, und der Beamte haftet daher nach Bundeszivilrecht²⁰. Bei der Staatshaftung handelt es sich aber noch nicht um ein allgemeine Geltung besitzendes Prinzip, und ihre Statuierung in der Kantonsverfassung muss deshalb als besonderer Wille des Verfassungsgesetzgebers angesehen werden, hier eine Haftung, die sonst nicht bestehen würde, einzuführen. Dieser Wille darf, auch wenn ein Ausführungsgesetz nicht besteht, vom Richter nicht einfach übergangen werden. Die Verfassungsbestimmung ist dann unmittelbar anwendbares Recht.

Die meisten Kantone regeln die Materie in Gesetzen²¹. Oft finden wir das Prinzip der Staatshaftung in Beamtengesetzen oder in besonderen Beamtenverantwortlichkeitsgesetzen. Es handelt sich dann in der Regel um unselbständige, d. h. von der Beamtenverantwortlichkeit abhängige Staatshaftung. Gelegentlich findet man die Haftung auch in Einführungsgesetzen zum ZGB behandelt. Wo die Staatshaftung eine selbständige, von der Beamtenverantwortlichkeit unabhängige ist, wird diesem Haftungsprinzip meist in einem besonderen Staatshaftungsgesetz Form gegeben²². Der Ort der gesetzlichen Regelung steht somit in einem gewissen Zusammenhang mit der in Frage stehenden Haftungsart.

Denkbar ist es auch, dass die Staatshaftung in einer Verordnung festgesetzt wird. Diese Rechtsquelle eignet sich hiezu allerdings weniger, hingegen könnte sie etwa Anwendung finden für besondere Zweige der Verwaltung und insbesondere für die Festsetzung der Schadenersatzpflicht von öffentlichrechtlichen Anstalten.

¹⁹ Fleiner S. 288, Giacometti S. 53, 378, Reichlin S. 9, Secretan S. 134, Renold S. 397, Goebel S. 8 ff.; BIZR 31, 191, BGE 20, 478; 30 II 307; 50 II 379; 52 II 413, 54 II 364.

²⁰ Reichlin S. 11.

²¹ BE GL ZG SO FB BL BS SH AG TG GR VD NE GE.

²² VD NE GE AG GR.

5. Das Legalitätsprinzip

Dadurch, dass der Bundesgesetzgeber das öffentliche Recht grundsätzlich den Kantonen selbst überlassen hat, ist eine grosse Vieltätigkeit in der Lösung des Schadenersatzproblems entstanden. Es gibt Kantone, in denen entsprechende Bestimmungen überhaupt fehlen, solche, in denen sie lückenhaft sind, und wieder andere, in denen die Materie sorgfältig geregelt ist. Der Umstand, dass im einen Kanton der Geschädigte für einen rechtswidrigen staatlichen Eingriff unter Umständen überhaupt keinen Schadenersatz erhält, währenddem er in einem andern Kanton gleich behandelt wird, wie wenn die Schädigung von einem Privaten ausgegangen wäre, erzeugt zusammen mit dem allgemein anerkannten Rechtsgrundsatz, dass für jede widerrechtlich zugefügte Schädigung Ersatz zu leisten ist, das verständliche Bestreben des Richters, auch bei Fehlen entsprechender Bestimmungen eine Schadenersatzpflicht des Staates zu konstruieren. Ebenso natürlich ist sein Bemühen, lückenhafte Gesetze zu ergänzen, sei es durch eigene Rechtsschöpfung, sei es durch Heranziehung analoger Bestimmungen aus dem Privatrecht.

Wenn auch auf die Lückenfüllung als solche nicht verzichtet werden kann, so ist sie durch die bundesgerichtliche Praxis doch stark eingeschränkt. Sie wird von ihr nicht zugelassen, wenn es sich darum handelt, eine überhaupt nicht bestehende Staatshaftung zu konstruieren oder eine nur teilweise vorhandene zu verstärken oder auszudehnen. Das Bundesgericht vertritt das Legalitätsprinzip; d. h. es anerkennt eine Schadenersatzpflicht des Staates nur, wenn eine solche durch eine positive Norm festgesetzt ist²³. Es hat alle Theorien, die auf eine Anerkennung der Schadenersatzpflicht des Staates auch ohne ausdrückliche Gesetzesbestimmung hinzielten, entschieden abgelehnt. Ebenso steht es jeder ausdehnenden Interpretation bestehender Bestimmungen ablehnend gegenüber.

Das Bundesgericht begründet das Legalitätsprinzip damit, dass der Staat seine Beamten nicht zur Vornahme rechtswidriger Handlungen bevollmächtigt und er somit auch nicht hafte²⁴.

Besser wäre es aber, die Nichthaftung des Staates aus der Bundes-

²³ Oftinger S. 492, Reichlin S. 27, Roos S. 380, Ruck S. 109, Schütz S. 20. BGE 8, 149; 42 II 614; 47 II 413; 49 II 298; 58 II 483; 63 II 30.

²⁴ So auch Burckhardt, Organisation der Rechtsgemeinschaft, S. 419, 420.

Gesetzgebung heraus zu begründen. Der Bundesgesetzgeber hätte die Staatshaftung einführen können, sei es nun im ZGB oder bei der Revision des OR. Ein entsprechender Antrag lag auch vor, wurde aber nicht angenommen²⁵. Zur Zeit der Schaffung des ZGB bestand ja auch bereits in einigen Kantonen die Staatshaftung, währenddem andere nur die alleinige Verantwortlichkeit des Beamten kannten. Wenn man diesen bekannten Zustand hätte ändern wollen, so hätte man dies zweifellos in Form einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung getan. Dies war aber nicht der Fall; man hat im Gegenteil den bestehenden Zustand bestehen lassen wollen; dies kommt in Art. 59 ZGB eindeutig zum Ausdruck.

6. Lücken in den kantonalen Gesetzen, Analogie, ergänzende Anwendung von Art. 41 ff. OR.

Wenn feststeht, dass mit dem Mittel der Analogie oder mit andern der Lückenfüllung dienenden Methoden eine Staatshaftung wegen der unumschränkten Geltung des Legalitätsprinzipes nicht begründet werden darf²⁶, so schliesst dies Analogien auf unserem Gebiete nicht aus.

Die kantonalen Gesetze zeichnen sich selten durch derartige Vollständigkeit aus, dass ihre Bestimmungen für sich allein schon genügen würden. Nun fehlen aber im öffentlichen Recht positive Normen, die für die Schadenersatzpflicht wegen widerrechtlich zugefügten Schadens per analogiam angewendet werden könnten. Hingegen steht im Privatrecht ein sorgfältig ausgebautes Schadenersatzrecht zur Verfügung. Wie bereits erwähnt, ist die Verwandtschaft zum zivilen Schadenersatzrecht so gross, dass dieses unbedenklich zur Lückenfüllung herangezogen werden kann²⁷. Damit wird nichts behauptet, das mit dem Satz Fleiners, der sagt, dass jedes Rechtssystem aus sich selbst ergänzt werden sollte, in Wider-

²⁵ Protokoll der Expertenkommission 1908/1909 S. 39.

²⁶ Egger zu Art. 59 N. 16.

²⁷ Egger zu Art. 59 ZGB N. 11 stellt fest, dass nach älterer Auffassung zur Lückenfüllung Zivilrecht zur Anwendung gelangte, nach heutiger aber richterliches Recht und Gewohnheitsrecht an seine Stelle trete. Das ist kein Widerspruch zu der hier vertretenen Auffassung, denn wenn die Verhältnisse gleich wie im Zivilrecht liegen, wird die richterliche Rechtsfindung automatisch dem Zivilrecht folgen.

spruch steht²⁸. Denn er gilt nur, wenn es sich um spezifisch öffentliches Recht handelt. Hier im staatlichen Schadenersatzrecht ist aber nur die Frage, ob und wie der Staat haften soll, eine rein öffentlichrechtliche Frage. Wenn diese Hauptfrage vom Gesetz aber einmal in positivem Sinne entschieden ist, d. h. wenn festgelegt wurde, dass der Staat für widerrechtliche Handlungen seiner Beamten Dritten gegenüber haftet, so werden damit die im Privatrecht herrschenden Grundsätze auf das öffentliche Recht ausgedehnt. Der Analogieschluss ist deshalb zulässig; aber der Richter hat jedesmal zu untersuchen, ob 1. damit nicht gegen das Legalitätsprinzip verstossen wird, ob 2. die Verhältnisse wirklich mit denen des privaten Schadenersatzrechtes vergleichbar sind; er muss untersuchen, ob trotzdem alle öffentlichrechtlichen Gesichtspunkte berücksichtigt worden sind.

Die meisten kantonalen Gesetze räumen diese Streitfrage aus dem Wege, indem *expressis verbis* erklärt wird, dass die Bestimmungen des OR über die unerlaubte Handlung auch auf die Staatshaftung ergänzend anwendbar sei. Dass auf Grund eines solchen Verweises das OR als subsidiäres kantonales öffentliches Recht und nicht als Bundeszivilrecht angewendet wird, bedarf keiner weiteren Erörterung²⁹.

Die Tatsache, dass der Abschnitt über die unerlaubte Handlung des OR so oft von den kantonalen Gesetzen als ergänzendes Recht herangezogen wird, ist ein wertvoller Hinweis darauf, wie der kantonale Gesetzgeber die Staatshaftung verstanden haben will. Die bewusste Angleichung an die privatrechtliche Delikthaftung könnte nirgends deutlicher zum Ausdruck kommen. Aber auch wenn ein Hinweis auf das OR fehlt, wird es in erster Linie der Abschnitt über die unerlaubte Handlung im OR sein, der die Lücken des Staatshaftungsgesetzes schliesst³⁰.

²⁸ Fleiner S. 55, 56; Giacometti Grenzziehung S. 20, Ott Zschw. R. 31 n. F. S. 749, Escher S. 168.

²⁹ Reichlin S. 9, Secretan S. 134, BGE 49 II 436; 53 II 367, 54 II 374.

³⁰ Oftinger II S. 1064 sagt zu MO 27 (Haftung des Bundes aus Militärschäden): «Wie Art. 61/1 OR im Zweifelsfalle die privatrechtliche Schadenersatzregelung von Art. 41 OR auf die Schäden, die durch öffentliche Funktionäre in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen verursacht werden, als anwendbar erklärt, so darf selbst ohne ausdrückliche Verweisung die Schadenersatzpflicht des Gemeinwesens nach der Schadenersatzordnung des OR als subsidiärer Ordnung beurteilt werden.»

7. Die Haftungssubjekte

Wenn wir bis jetzt nur vom Staate gesprochen haben, so war dies insofern ungenau, als wir uns nicht auf die Haftung des Staates beschränken wollen, sondern jede Körperschaft zu berücksichtigen haben, die öffentliche Gewalt zur Geltung bringt. Da stehen in erster Linie die Gemeinden in Frage, dann aber auch die selbständigen öffentlichrechtlichen Anstalten. Auch sie erfüllen staatliche Aufgaben, und die Hoheitsmacht, über die sie hiezu verfügen, ist nicht ihre ursprünglich eigene, sondern eine vom Staat, d. h. in unserm Falle vom Kanton verliehene³¹. Widerrechtliche hoheitliche Akte können bei den öffentlichen Körperschaften so gut entstehen wie beim Kanton selbst, und es stellen sich deshalb auch die gleichen Schadenersatzprobleme. Es sind aber verschiedene Lösungen möglich. Die Fragen, die sich in diesem Zusammenhange stellen, sind die folgenden:

1. Ist mit der Anerkennung einer Schadenersatzpflicht des Staates für widerrechtliche Handlungen seiner Beamten ohne weiteres auch den übrigen unter dem kantonalen Recht stehenden öffentlichrechtlichen Körperschaften diese Haftung auferlegt?
2. Können diese Körperschaften diese Haftung in ihren Gesetzen, Satzungen oder Statuten selbst regeln, d. h. sind sie in dieser Beziehung autonom?
3. Soll die Haftung der öffentlichrechtlichen Körperschaften gleich geregelt sein, wie diejenige des Kantons, oder empfiehlt sich eine abweichende Lösung?
4. Soll an Stelle der öffentlichrechtlichen Körperschaft der Kanton die Haftung für dieselbe übernehmen?

ad. 1:

In vielen Gesetzen wird ausdrücklich festgelegt, ob die Haftungsbestimmungen nur für den Staat gelten sollen oder ob sie auch für die übrigen öffentlichrechtlichen Körperschaften und Anstalten des betreffenden Kantons anwendbar sind. Sehr oft ist wenigstens die diesbezügliche Stellung der Gemeinden festgelegt,

³¹ Ruck, Verw. R. I S. 52.

nur ausnahmsweise aber diejenige der übrigen Körperschaften und Anstalten. Die Haftung der Gemeinden wird durch die Gesetze der Kantone Luzern, Zug, Schaffhausen, Graubünden, Aargau, Waadt, Neuenburg und Genf festgelegt. Besonders ausführlich ist das aargauische Gesetz, das die «öffentlichrechtlichen Betriebe mit selbständiger Rechtspersönlichkeit», also die selbständigen öffentlichen Anstalten, ausdrücklich von den Haftungsbestimmungen ausnimmt. Das bündnerische Gesetz lässt ausser dem Kanton auch die Kreise, Gemeinden und die übrigen öffentlichrechtlichen Körperschaften haften. Ueber die Anstalten schweigt es sich aber aus. Der Kanton Bern hat die Gemeinden im Gemeindegesetz einer speziellen Schadenersatzpflicht unterstellt (S. 75). Die Gesetze von Uri, Wallis, Freiburg, Baselstadt und Glarus sprechen nur von der Schadenersatzpflicht des Kantons für die kantonalen Funktionäre, und lassen die Frage, ob die Haftung weiterer öffentlichrechtlicher Rechtssubjekte per analogiam mitumfasst sei, offen. Ebenso verhält es sich mit den Gesetzen der Kantone Thurgau, Baselland und Solothurn. Beim letztgenannten Kanton kann auf Grund der Gesetzesmaterialien geschlossen werden, dass die Haftung nur den Kanton bezüglich seiner eigenen Funktionäre treffen soll. (S. 61) Im Kanton Baselland wurde die Frage durch richterliche Rechtsfindung abgeklärt, und zwar in dem Sinne der Ausdehnung der Haftung auch auf die Gemeinden. (S. 82) Den gleichen Weg geht die Rechtsprechung im Kanton Thurgau ³².

Bei Schweigen des Gesetzes wird im übrigen von folgenden Ueberlegungen auszugehen sein:

Die absolute Geltung des Legalitätsprinzipes wirkt auch hier einschränkend. Wenn eine Haftung des Kantons statuiert ist, aber eine ausdrückliche Erwähnung der übrigen öffentlichrechtlichen Körperschaften unterbleibt, so unterliegen letztere dieser Haftung nicht. Das Legalitätsprinzip sagt, dass die Haftung nur so weit reicht, als dies im Gesetze ausdrücklich bestimmt ist. Seine Anwendung betrifft nicht nur den sachlichen Geltungsbereich, sondern auch den Kreis der in Frage kommenden

³² Vgl. Entsch. im R'buch d. Kt. Thurgau F'feld 1908 S. 454—463 und R'schaftsber. d. Ob. G. 1923 Nr. 1, 1941 Nr. 21, 23.

Rechtssubjekte. Es kann also nicht etwa per analogiam die Haftung auf die Gemeinden und die selbständigen Anstalten des öffentlichen Rechts ausgedehnt werden.

ad 2:

Hier wollen wir vorerst nur von den Gemeinden sprechen. Sie haben unter allen öffentlichrechtlichen Körperschaften die grösste Autonomie, und bei ihnen kommt hoheitliche Tätigkeit in grösserem Umfange vor als bei den übrigen Rechtssubjekten des öffentlichen Rechts. Wenn es sich ergibt, dass es nicht in die Zuständigkeit der Gemeinden fällt, ihre Haftung selbst festzulegen, so gilt dies aus dem erwähnten Grunde a fortiori auch für die öffentlichrechtlichen Anstalten. Es gibt keinen absoluten Maßstab, nachdem bestimmt werden könnte, ob über eine bestimmte Materie der kantonale Gesetzgeber zu legiferieren hat oder die Gemeinde³³. Sicher ist, dass letztere nichts festlegen darf, was im Widerspruch mit der kantonalen Gesetzgebung stehen würde. Aber auch wenn ein offener Widerspruch zur kantonalen Gesetzgebung nicht vorhanden ist, so kann deswegen nicht angenommen werden, die Gemeinde sei nun frei, über diese Materie nach eigenem Gutdünken zu legiferieren. Der Umfang der Gemeinde-Rechtsetzungskompetenz beschränkt sich im wesentlichen auf die Festsetzung organisatorischer Normen, die für das Funktionieren des Gemeindeverwaltungsapparates notwendig sind, sowie auf die Regelung lokaler Angelegenheiten³⁴. Wir haben aber festgestellt, dass es sich bei der Frage der Staatshaftung um einen rechtspolitischen Grundsatz handelt, der seiner Bedeutung nach eigentlich in die Kantonsverfassung gehört³⁵. Die Gemeindegesetze sind folglich nicht geeignet, entsprechende Normen aufzustellen. Eine derart weitreichende Gemeindeautonomie würde

³³ Giacometti Staatsrecht der Kantone S. 77.

³⁴ Giacometti Staatsrecht der Kantone S. 79.

³⁵ Giacometti Staatsrecht der Kantone S. 78.

Auch Im Hof S. 245 a schreibt: «... wird es im allgemeinen den selbständigen öffentlichrechtlichen Körperschaften und Anstalten, insbesondere den Gemeinden überlassen, die Verhältnisse der Bediensteten durch autonome Satzungen selbst zu regeln. Nur die Verantwortlichkeit... pflegt durch allgemeine Rechtsätze bestimmt zu werden.»

Anderer Meinung: Gay S. 151.

zudem zu einer kaum erwünschten Zersplitterung des kantonalen öffentlichen Rechtes führen. Es ist deshalb den übrigen, dem kantonalen Recht unterstehenden öffentlichrechtlichen Körperschaften versagt, ihre eigene Verantwortlichkeit in ihren Gesetzen, Satzungen oder Statuten festzulegen. Anders liegen die Verhältnisse natürlich dann, wenn ein kantonales Gesetz den Gemeinden die Kompetenz delegiert, Haftungsbestimmungen zu erlassen ³⁶.

ad 3:

Der Kanton kann die Haftung der Gemeinden gegenüber seiner eigenen Haftung verschärfen oder abschwächen, er kann sie einer Haftung unterstellen, ohne dass ihn selbst eine solche trifft, und umgekehrt kann er ihre Haftung ungeregelt lassen, was einer Befreiung gleichkommt, währenddem er selbst der Haftung unterliegt.

Wohl mag es Gründe geben, die eine unterschiedliche Behandlung richtig erscheinen lassen. So kann man sagen, dass im kleineren Verband die hoheitliche Gewalt sich weniger anonym äussert, als im Kanton und dass deshalb auch die Feststellung des fehlbaren Beamten leichter sei und folglich der Schadenersatzanspruch gegenüber dem Beamten direkt erhoben werden könne. Für die schärfere Haftung der Gemeinden kann man geltend machen, der Kanton müsse, wenn er schon einen Teil seiner öffentlichen Gewalt abgebe, eine besondere Garantie für ihre richtige Ausübung haben. Zu diesem Zwecke müsse die Haftung der Gemeinde eine besonders strenge sein. Diesen Argumenten kann aber keine entscheidende Bedeutung beikommen neben jenen, die für eine Gleichbehandlung des Kantons und der übrigen öffentlichrechtlichen Körperschaften auf dem Gebiete des Schadenersatzrechtes sprechen. Entscheidend ist, dass nicht nur der Kanton, sondern auch den übrigen öffentlichrechtlichen Körperschaften ein gewisses Mass öffentlicher Gewalt zusteht ³⁷. Wenn es der Kanton für richtig erachtet, dass er selbst für die Schäden haftet, die seine Beamten Dritten zufügen, so ist nicht einzusehen, wieso diese Dinge anders liegen

³⁶ Kt. Graubünden (siehe Seite 92).

³⁷ ebenso: Schütz S. 37.

sollen, wenn statt ihm die Gemeinden die ihnen delegierte staatliche Gewalt zur Anwendung bringen. Mit anderen Worten kann man sagen, dass zwischen dem Kanton und den Gemeinden auf diesem Gebiet kein prinzipieller Unterschied vorliegt, der die Anwendung verschiedener Haftungsprinzipien rechtfertigen würde.

ad. 4:

Dass der Kanton die Haftung nicht nur für seine eigenen Beamten, sondern auch für diejenigen der übrigen öffentlichrechtlichen Körperschaften übernimmt, widerspricht dem Sinn der staatlichen Organisation der Kantone³⁸. Mit den Selbstverwaltungskörpern werden bewusst vom Staat zu unterscheidende, neue Rechtssubjekte geschaffen. Im Rahmen der ihnen gewährten Selbständigkeit soll ihnen aber auch das entsprechende Mass an Verantwortung mitübertragen werden³⁹. Höchstens könnte der Umstand, dass diese Körperschaften nicht nur einen eigenen, sondern auch einen übertragenen Wirkungskreis haben, eine Teilung der Verantwortlichkeit rechtfertigen.

Für die Frage der Verantwortlichkeit ist dies aber insofern von geringerer Bedeutung, als ja auch für das Tätigwerden im übertragenen Wirkungskreis die Gemeinde ihren eigenen Beamtenapparat zur Verfügung stellt, d. h. eine Organisation, die die Gemeinde selbst geschaffen hat und deren richtiges Funktionieren sie selbst überwacht⁴⁰. Ueberhaupt kann aus dem Aufsichtsrecht des Kantons über die Gemeinde für den Kanton eine Haftung nicht begründet werden, weder beim eigenen, noch beim übertragenen Wirkungskreis der Gemeinde. Durch diese Aufsicht soll die Selbständigkeit der Gemeinde nicht eingeschränkt werden. Eine solche Einschränkung ergibt sich aber, wenn der Kanton nach festgestellten Unregelmässigkeiten in die Gemeindeverwaltung eingreifen muss. Wenn dieser Fall eintritt, dann ist es allerdings möglich, dass der Kanton für allfälligen Schaden,

³⁸ Fleiner S. 115.

³⁹ Im Hof, S. 361/362 a, glaubt aus der Gesetzgebung des Kantons Basel-Stadt eine Haftung des Kantons für die Gemeindebeamten ableiten zu können: «So haftet nach baselstädtischem Recht der Staat auch für Verfehlungen der Gemeindebeamten und ist daher ihnen gegenüber rückgriffsberechtigt, obschon sie nicht in seinem Dienste stehen.»

⁴⁰ A. Vogt S. 18, Renold S. 420.

der daraus entsteht, einzustehen hat. Dies ist insbesondere bei der Ersatzvornahme denkbar. Dort handelt der Kanton aber mittels seiner eigenen Organe, und von einer Uebernahme der Haftung der Gemeinde kann nicht mehr die Rede sein ⁴¹.

8. Der Anspruchsberechtigte

Für die Anspruchsberechtigung des Geschädigten gelten im allgemeinen die zivilrechtlichen Grundsätze. Damit soll vor allem betont werden, dass nur der direkt Geschädigte oder dessen Rechtsnachfolger einen Anspruch auf Schadenersatz haben kann ⁴². Es liegt kein Grund vor, den Kreis der Anspruchsberechtigten hier zu erweitern, und es kann deshalb auch bei Schweigen des Gesetzes (was meist zutrifft) die dem zivilen Schadenersatzrecht analoge Lösung gewählt werden ⁴³.

Bedeutsamer ist die Frage, ob alle Rechtssubjekte, die im Privatrecht anspruchsberechtigt sein können, dies auch im staatlichen Schadenersatzrecht sind. Da in keinem kant. Staatshaftungsgesetz über den Anspruchsberechtigten etwas gesagt wird, stösst man auf Schwierigkeiten. Es fragt sich, ob nur der Staatsbürger oder schlechterdings jedermann, also auch jeder Einwohner und auch der Ausländer einen Anspruch geltend machen kann. In einem deutschen Gesetz ⁴⁴ wurde ausdrücklich bestimmt, dass ein Ersatzanspruch nur dem Staatsbürger zustehe und dass der Ausländer nur dann anspruchsberechtigt sei, wenn sein Heimatstaat Gegenrecht halte. Diese Bestimmung lässt erkennen, dass der Gesetzgeber mit der Einführung der Staatshaftung dem Bürger eine besondere Rechtswohltat einzuräumen glaubte, die weit über die sittliche Pflicht des Staates hinausgeht und deshalb dem Ausländer nicht ohne weiteres eingeräumt werden muss. In unseren Staatshaftungsgesetzen wird aber ganz allgemein vom Geschädigten oder vom Dritten gesprochen, gelegentlich auch vom Privaten ⁴⁵. Anspruchs-

⁴¹ Loening S. 95, 96: «Soweit eine Haftpflicht besteht, hat sie (die Gemeinde) die Haftung allein zu tragen; der Staat kann nicht wieder für sie haftbar gemacht werden, weil sie vermögensrechtlich sowohl auf dem Gebiete des Privatrechts wie auf dem des öffentlichen Rechts mit eigener selbständiger Persönlichkeit ausgestattet ist.»

⁴² v. Tuhr I S. 343, Oftinger I S. 37.

⁴³ vgl. S. 16.

⁴⁴ Deutsches Reichsgesetz vom 22. Mai 1910 § 7.

⁴⁵ Schaffhausen EG zum ZGB Art. 141.

berechtigt kann demgemäss auch jeder Ausländer sein; wesentlich ist nur, dass zwischen dem Gemeinwesen und dem Geschädigten ein öffentlichrechtliches Gewaltverhältnis bestanden hat, bzw. dass öffentliche Gewalt ausgeübt worden ist. Öffentliche Gewalt kann aber ohne weiteres auch gegenüber jedem Ausländer geübt werden, er braucht nicht einmal Niedergelassener zu sein. Es wäre deshalb nicht gerechtfertigt, ihm gegenüber die Staatshaftung nicht wirksam werden zu lassen ⁴⁶.

Etwas komplizierter ist die Stellung der öffentlichrechtlichen Körperschaften als Anspruchsberechtigte. Wo ausdrücklich bestimmt ist, dass es sich um eine Haftung gegenüber «Privaten» handelt, kann man annehmen, dass gegenüber den Verbänden des öffentlichen Rechts eine Schadenersatzpflicht nicht besteht. Wie aber, wenn einfach vom Dritten, oder vom Geschädigten gesprochen wird? Auch hier darf nicht vergessen werden, dass die juristische Person des öffentlichen Rechts gleichzeitig auch Privatrechtssubjekt ist. Als solche erfährt sie keine andere Behandlung als jeder andere Private. Es ist in diesem Falle auch kein Unterschied zu machen, ob der geschädigte öffentlichrechtliche Verband von einem ihm übergeordneten Subjekt des öffentlichen Rechts geschädigt wurde oder von einem, dem er organisatorisch nicht angehört.

Anders liegen die Verhältnisse aber, wenn hoheitliche Akte von einem übergeordneten staatlichen Verband ausgehen und auf den untergeordneten Verband hinsichtlich seiner öffentlichrechtlichen Stellung schädigend einwirken. Derart geschädigte Gemeinden oder sonstige öffentlichrechtliche Korporationen können nicht mehr als Dritte angesehen werden, und eine Haftpflicht des einen Gemeinwesens gegenüber dem andern kann nicht aus einem Staatshaftungsgesetz abgeleitet werden, sofern diese Wirkung nicht ausdrücklich durch dasselbe gewollt wird. Damit soll nicht gesagt sein, dass eine Schadenersatzpflicht hier nicht ebenso gut am Platze wäre.

Ebenso dürften diejenigen Fälle äusserst selten sein, wo Verbände des öffentlichen Rechts, die zueinander nicht in einem Ueber- bzw. Unterordnungsverhältnis stehen, sich durch widerrechtliche hoheitliche Akte Schaden zufügen, denn hier fehlt ja eben das Moment der Gewaltunterworfenheit.

⁴⁶ His S. 27.

9. Der Schädiger

Das Subjekt der Haftung ist bei allen reinen Staatshaftungsgesetzen das Gemeinwesen. Das Charakteristische der Staatshaftung ist aber, dass die den Schaden verursachende Person mit dem Haftungssubjekt nicht identisch ist. Der widerrechtliche Hoheitsakt wird nicht vom Staat selbst ausgeführt, sondern von besonders dazu bestellten Einzelpersonen oder Mehrheiten von Personen. Wir nennen sie die Staatsorgane oder in einer engeren, bereits spezialisierenden Ausdrucksweise die Staatsbediensteten oder die Behörden und Beamten. Sie sind es, die den Staat handlungsfähig machen, die den Staatswillen in die Tat umsetzen. Sie sind es aber auch, die den ursprünglich richtigen Staatswillen unter Umständen verfälschen und dadurch das fehlerhafte Moment in das Räderwerk des Staatsapparates hineinbringen. Dieser Personenkreis kann ein recht grosser sein, und es ist zu untersuchen, ob mit dem Beamtenbegriff, sowie er beispielsweise im Bundesbeamtenrecht oder aber auch im Bundeszivilrecht verwendet wird, hier auszukommen ist. Der Begriff ist dehnbar; jede Rechtsordnung legt ihn anders aus; ja es kommt vor, dass in ein und demselben Gesetz unter Beamten nicht immer dasselbe verstanden wird. Dies kommt in den kantonalen Haftungsbestimmungen eindrucklich zum Ausdruck, und es ist deshalb diesem Punkte im Einzelfall die nötige Aufmerksamkeit zu schenken. Wie wir gesehen haben, verbietet das Legalitätsprinzip die analoge Anwendung von Staatshaftungsbestimmungen auf solche staatliche Funktionäre, die nach dem Wortlaut des betr. Gesetzes nicht ohne weiteres unter diese Bestimmungen subsumiert werden können. Der jeweils geltende Beamtenbegriff ist somit von grosser praktischer Bedeutung für den Wert eines Staatshaftungsgesetzes.

Von Bundeswegen sind die Kantone in der engeren oder weiteren Fassung des Beamtenbegriffes völlig frei. Dies gilt aber nur für den Geltungsbereich der Staatshaftungsgesetze. Soweit sie aber die Beamtenverantwortlichkeit regeln, haben sie sich an den Beamtenbegriff zu halten, den das Bundesgericht in bezug auf Art. 61 OR herausgebildet hat. Der Unterschied ist dann zu beachten, wenn im gleichen Gesetz sowohl die externe Beamtenverantwortlichkeit wie auch die Staatshaftung geregelt ist⁴⁷. Wenn in einem solchen

⁴⁷ BE GL BS BL ZG SO.

Fälle Funktionäre erfasst werden, die gemäss bundesgerichtlicher Auslegung des Art. 61 OR nicht als Beamte anzusprechen sind und deren Haftung im kantonalen Erlass milder ist als die durch Art. 41 OR angeordnete, dann kann sich der Geschädigte zur Wehr setzen, indem er geltend macht, dass der Kanton gar nicht kompetent sei, für solche Personen vom Bundesrecht abweichende Haftungsbestimmungen aufzustellen⁴⁸. Aus dem Umstand, dass es die ratio legis aller Staatshaftungserlasse ist, dass Dritten, die infolge fehlerhafter Ausübung der Staatsgewalt zu Schaden kommen, Ersatz gewährt wird, ergibt sich die Umgrenzung des die schädigenden Personen umfassenden Kreises. Das entscheidende Kriterium ist die Staatsgewalt. Alle Personen, die in irgend einer Weise Hoheitsmacht zur Geltung bringen, sollten vernünftigerweise von den Staatshaftungsgesetzen erfasst werden. In anderem Zusammenhange wichtige Tatsachen, z. B. das Vorhandensein einer Besoldung, die Unterstellung unter eine bestimmte Disziplinarordnung oder das Vorhandensein eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses, sollten hier etwas in den Hintergrund treten⁴⁹.

Trotzdem stellen die meisten Gesetze ausschliesslich auf das öffentlichrechtliche Anstellungsverhältnis ab und bezeichnen als schädigende Personen, die eine die Staatshaftung begründende Handlung begehen können, die Beamten und die im öffentlichrechtlichen Anstellungsverhältnis stehenden Angestellten.

Oft wird im Gesetzestext noch die Kategorie der Arbeiter miterwähnt. Schon beim Angestellten, aber insbesondere beim Arbeiter wird die hoheitliche Tätigkeit allerdings stark im Hintergrund stehen. Es kann zwar auch die allereinfachste handwerkliche Verrichtung zum hoheitlichen Akt werden, wenn zu dessen Durchführung die Staatsgewalt erforderlich ist⁵⁰. Und gerade der Umstand, dass der Arbeiter nur selten Staatsgewalt anzuwenden braucht, erhöht die Gefahr, dass er dann, wenn er in diese Lage kommt, Fehler begeht.

⁴⁸ BGE 31 II 720; 57 II 201.

⁴⁹ Gleicher Meinung ist auch Roos S. 387; die herrschende Meinung stellt auf das Dienstverhältnis ab (v. Tuhr S. 338 A. 116; Oser-Schönenberger zu Art. 61 OR N. 12).

Auch Fleiner (S. 283) lässt in Anlehnung an die reichsgerichtliche Rechtsprechung bezüglich der Schadenersatzpflicht des Staates (Art. 131 R. V.) als Kriterium für den Beamtenbegriff nur eine ausdehnende Interpretation gelten.

⁵⁰ So wird im Kt. Bern der Kaminfeger als Beamter angesehen BGE 38 I 52, es kann es aber auch jeder Abwart sein, dem Anstaltspolizei übertragen ist.

Aehnlich liegen die Verhältnisse beim nicht berufsmässigen Beamten. Solche gibt es besonders in ländlichen Verhältnissen recht viele. Sie sind oft mit verantwortungsvollen Aufgaben betraut; es fehlt ihnen aber die Schulung und die Erfahrung, über die der «Berufsbeamte» verfügt. Auch Personen, die zum Staate in einem privatrechtlichen Anstellungsverhältnis stehen, können in Einzelfällen in die Lage kommen, hoheitlich zu handeln. Wenn auch danach gestrebt werden sollte, dass für all diese Fälle von allem Anfang an das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis gewählt wird⁵¹, werden sich privatrechtliche Anstellungsverhältnisse doch nie ganz vermeiden lassen. Trotzdem sollte hier die Haftung nach öffentlichem Recht wirksam werden.

Keine Rolle spielt es auch, ob es sich beim Schädiger um eine Einzelperson oder um eine Behörde handelt. Auch die Akte einer Behörde können fehlerhaft sein. Ob ihr im Einzelfall Parteifähigkeit zukommt, bestimmt sich nach kantonalem öffentlichem Recht⁵². Es ergibt sich das insbesondere daraus, ob bei der Umschreibung des persönlichen Geltungsbereiches die Behörden als solche genannt sind. In diesem Falle sind meist auch Bestimmungen darüber vorhanden wie der Schadenersatz unter die einzelnen Mitglieder verteilt werden soll.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass nur eine sehr weite Fassung des Beamtenbegriffes den Verhältnissen gerecht wird.

10. Die schädigende Handlung

Aus dem im vorhergehenden Paragraphen Gesagten ergibt sich, dass es weniger auf die Stellung der handelnden Person als auf die Art der Handlung ankommt. Voraussetzung für das Entstehen der Schadenersatzpflicht ist ein ganz bestimmtes Verhalten einer Person, die als Staatsorgan (im weitesten Sinne) bezeichnet werden kann. Dieses Tätigwerden, das wir als hoheitliches Handeln bezeichnen, bedarf aber noch der genaueren Bestimmung. Die Aufgaben des modernen Staates sind sehr vielgestaltig und gehen weit über das hinaus, was man unter hoheitlichem Akt versteht. Vorerst scheiden für uns ohnehin alle jene Betätigungen aus, wo der Staat

⁵¹ Nef S. 98.

⁵² BGE 41 II 600.

dem Privatrecht unterstellt ist, wo er gegenüber Dritten als gleichgeordnetes Rechtssubjekt auftritt⁵³. Andererseits können wir das als hoheitliche Tätigkeit des Staates bezeichnen, was der Staat kraft der ihm verliehenen obrigkeitlichen Zwangsgewalt durchsetzen kann⁵⁴. Dazwischen liegt ein weites Gebiet, wo eine eindeutige Zuweisung zum einen oder zum anderen Tätigkeitsfeld Schwierigkeiten bereitet. Wir denken dabei an jene Fälle, wo der Staat im öffentlichen Interesse bestimmte Aufgaben übernommen hat, die ebenso gut und ohne Anwendung von öffentlicher Gewalt von Privaten durchgeführt werden könnten. Es sind hiebei zwei Gruppen zu unterscheiden:

a) Der Staat hat gewisse Aufgaben übernommen und gleichzeitig das betreffende Gebiet der privaten Sphäre völlig entzogen, d. h. der Staat besitzt das Monopol für die Ausübung von Tätigkeiten, bei denen das öffentliche Interesse prävaliert. Die damit in Zusammenhang stehenden Verrichtungen nehmen dadurch hoheitlichen Charakter an. Der Staat kann sich für die Erfüllung seiner Aufgabe der Zwangsgewalt bedienen, und der Bürger hat nicht die Möglichkeit, sich ihr zu entziehen, weil ausser dem Staat kein Privater mehr die gleiche Aufgabe erfüllt. Man kann deshalb diese Tätigkeit als hoheitliche bezeichnen, darf dabei aber wiederum nicht vergessen, dass es auch hier nicht völlig ohne eine Vermengung mit privatrechtlichen Tätigkeitsformen abgeht.

b) Daneben kennen wir aber Fälle, wo der Staat Aufgaben, die von öffentlichem Interesse sind, ebenfalls zu lösen beginnt, jedoch unter Verzicht einer monopolartigen Stellung, so dass für den Privaten die Möglichkeit noch besteht, auf dem gleichen Gebiet wirksam zu werden. Zu dieser Gruppe sind zahlreiche Fürsorgeeinrichtungen des Staates zu zählen. Auch hier kommt staatlicher Zwang zur Anwendung, insbesondere gegenüber demjenigen, der die Dienste dieser Einrichtungen in Anspruch nimmt. (Man denke an die Anstaltspolizei.) Soweit dieser Zwang vorhanden ist, liegt auch hier ein Hoheitsakt vor; fehlt er, so sind die Regeln des Privatrechtes massgebend. Nach diesem Kriterium ist beispielsweise die Funktion des Lehrers, der seine Schüler Turnübungen machen

⁵³ Fleiner S. 46, 47.

⁵⁴ Fleiner S. 47, Tuor S. 92.

lässt, eine hoheitliche⁵⁵, ebenso diejenige des Arztes, der von den an einem Autounfall beteiligten Personen eine Blutprobe entnimmt. Nicht hoheitlich ist aber der Eingriff, den der Arzt an Patienten vornimmt, die in einem öffentlichen Spital betreut werden⁵⁶.

Das Beispiel des Arztes ist geeignet, das Abgrenzungsproblem noch etwas näher zu beleuchten. Die Praxis steht auf dem Standpunkt, die Haftung des Arztes bzw. des Staates sei eine öffentlich-rechtliche, wenn der Arzt in einem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis stehe⁵⁷. Das Resultat dieser Argumentation ist äusserst unbefriedigend. Nehmen wir z. B. an, ein Patient wähle ein staatliches Spital, weil dort ein für sein Leiden besonders berühmter Spezialist tätig ist. Lässt sich nun dieser Arzt einen Kunstfehler zu Schulden kommen, so haftet er unter Umständen nicht, wenn die Beamten nur für culpa lata einzustehen haben, wie dies in vielen Kantonen der Fall ist. Und ebenso könnte sich das Spital, bzw. der Staat jeder Haftung entziehen, wenn eine Staatshaftung nicht existiert. Im anderen Fall aber, dort, wo der Arzt in der Privatklinik den genau gleichen Kunstfehler begeht, haben wir für den Arzt die strenge Haftung von Art. 41 OR und für die Klinik die Geschäftsherrenhaftung. Dieser unbefriedigenden Lösung kann man nur ausweichen, indem man die Haftung nach öffentlichem Recht nur dann eintreten lässt, wenn die in Frage stehende Tätigkeit auch tatsächlich eine hoheitliche ist, d. h. wenn hinter ihr die Zwangsgewalt des Staates steht⁵⁸. Nach diesem Kriterium ist es, um wieder auf unser Beispiel zurückzukommen, zwar gar nicht ausgeschlossen, dass im Spital nach den öffentlichrechtlichen Haftungsbestimmungen Schadenersatz zu leisten ist. Dies ist der Fall, wenn z. B. ein Krankenwärter in Missachtung der Anstaltsordnung Schaden verursacht. Hinter der Anstaltsordnung steht die öffentliche Gewalt, die Anstaltspolizei. Die Anstaltsordnung kann kraft staatlichen Zwanges durchgesetzt werden, währenddem im Privatspital dies nicht

⁵⁵ Trib. Cantonal VD, Entscheid vom 27. 9. 44.

⁵⁶ Du Pasquier S. 155 ff., Oftinger I S. 501, Loeffler S. 29 ff.

⁵⁷ BGE 18, 391; 99 II 54; 48 II 417; 56 II 200; 70 II 207; 71 II 225. 54 II 120: Jedoch wird die Tätigkeit eines Arztes einer öffentlichrechtlichen obligatorischen Krankenkasse nicht als hoheitlich angesehen.

⁵⁸ Auch Löffler S. 29 ff. ist der Ansicht, die Tätigkeit des Arztes sei eine gewerbliche Verrichtung.

möglich ist, indem dort ein Verstoss gegen die Anstaltsordnung lediglich eine Vertragsverletzung darstellt. Hier rechtfertigen sich also die besonderen, öffentlichrechtlichen Haftungsbestimmungen.

Man wird dem vielleicht entgegenhalten, diese enge Umschreibung des Hoheitsaktes könne auch nicht befriedigend sein, da dadurch das wichtige Gebiet der staatlichen Fürsorgetätigkeit bezüglich der Haftung ins Zivilrecht verwiesen werden müsste. Wer dies behauptet, vergisst aber, dass derjenige, der die staatliche Fürsorge in Anspruch nimmt, sich dadurch auch der staatlichen Zwangsgewalt unterstellt. Bei einem Hoheitsakt braucht die Zwangsgewalt durchaus nicht in Erscheinung zu treten: es genügt, dass der Dritte allgemein einer bestimmten Zwangsordnung unterworfen wird⁵⁹.

Die praktische Schlussfolgerung ist die, dass es nicht darauf ankommt, von welcher Anstalt oder von welchem Beamten die schädigende Handlung ausgeht, sondern ob im Einzelfall dem betreffenden staatlichen Funktionär der staatliche Zwang zur Verfügung stand oder nicht.

Dass in der Praxis die Abgrenzung auf eine andere Weise vorgenommen wird, hat seinen Grund vor allem im positiven Recht, insbesondere in der Fassung von Art. 61 OR.

In der Sprache des OR versteht man unter *amtlich* diejenigen Verrichtungen, die nicht gewerblich sind. Diese Unterscheidung ist an sich schon unglücklich, denn nach normalem Sprachgebrauch sind auch die gewerblichen Verrichtungen, wenn sie im Rahmen der Amtspflicht erfolgen, *amtliche*. *Gewerblich* ist nach der Praxis des Bundesgerichtes eine Verrichtung dann, wenn damit primär fiskalische Zwecke verfolgt werden, wenn die Gewinnerzielung im Vordergrund steht⁶⁰. Alles andere ist «*amtliche Verrichtung*». Diese für die Beamtenverantwortlichkeit massgebende Abgrenzung kann insofern auch für die Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht bezüglich der Staatshaftung verwendet werden, als man auch dort sagen kann, dass eine gewerbliche Verrichtung im Sinne von Art. 61/2 OR eine Anwendung der kantonalen Staatshaftungsbestimmungen ausschliesst⁶¹.

⁵⁹ Fleiner S. 51.

⁶⁰ Reichlin S. 13, BGE 18, 392; 41 II 60; 44 II 54; 48 II 417; 49 II 298; 55 II 14.

⁶¹ Egger zu Art. 59 ZGB N. 18, Reichlin S. 15.

Darüber hinaus wird aber bei der Staatshaftung richtigerweise doch in erster Linie auf die Ueber- und Unterordnung abgestellt ⁶².

Umsomehr sollte man auch für die Beamtenverantwortlichkeit nach diesem Grundsatz unterscheiden, denn sonst besteht die Gefahr, dass in ein und demselben Fall für die Beamtenverantwortlichkeit die Bestimmungen des OR und für die Staatshaftung diejenigen des kantonalen öffentlichen Rechts gelten. Der Wortlaut der kantonalen Gesetze ist nicht derart, dass diese Schwierigkeiten eine Klärung erfahren würden. Nach ihnen ist Voraussetzung für die Staatshaftung fast durchwegs eine «Amtshandlung», «Ausübung des Amtes», «dienstliche Verrichtung», «Amtsverrichtung», «Ausübung der amtlichen Funktionen» usw.

In bestimmten Fällen tritt die Staatsgewalt nun allerdings derart in den Hintergrund, dass es fraglich erscheint, ob man noch von hoheitlichem Akt reden darf, und ob es nicht besser wäre, die Grenze zwischen gewerblicher und amtlicher Verrichtung zu ziehen.

Dies trifft besonders bei der Auskunftserteilung durch Beamte zu ⁶³. Zweifellos handelt es sich um amtliche Verrichtung, wenn der Beamte auf Grund seiner Amtspflichten dem Bürger den gewünschten Rat erteilt. Ist diese Tätigkeit aber hoheitlich, steht die Staatsgewalt dahinter? Man kann diese Frage bejahen, denn nur der Staat hat auf Grund seiner Hoheitsmacht die Möglichkeit, sich die verlangten Unterlagen zu beschaffen. Die Auskunftserteilung selbst ist also kein Hoheitsakt im engeren Sinne, aber sie wird erst möglich auf Grund von Hoheitsakten und ist somit ebenfalls ein Ausfluss von Staatsgewalt, wenn auch nur mittelbar.

Abschliessend muss noch betont werden, dass der hoheitliche Akt von allen drei Staatsgewalten ausgehen kann. Im Vordergrund steht natürlich die Verwaltung. Sie hat das objektive Recht anzuwenden und durchzusetzen. Der Richter hat zunächst nur festzusetzen, was im gegebenen Fall Rechtens ist; dazu braucht es an sich noch keine Staatsgewalt. Hingegen ist sie unentbehrlich für die Führung des Prozesses und für die Durchsetzung des Urteils. Da die Prozessführung und der Richterspruch zusammen ein unzertrennliches Ganzes bilden, ist auch die richterliche Tätigkeit

⁶² Roos S. 330, BGE 47 II 503; 48 II 417; 49 II 267; 53 II 316; 63 II 145.

⁶³ Schelhorn S. 21, Renold S. 184.

hoheitlich⁶⁴. Es ergibt sich aber daraus, dass es in erster Linie die Prozessführung ist, die zu Schadenersatzansprüchen führen kann. Die Spruchtätigkeit selbst, also die Frage, ob der Richter das positive Recht richtig angewendet hat, kann nur in seltenen Fällen einen Schadenersatzanspruch gegen den Staat begründen. Denn normalerweise stehen den Prozessparteien genügend Rechtsmittel zur Verfügung, mit denen sie verhindern können, dass völlig falsche Urteile in Rechtskraft erwachsen. Neben der Rechtssprechung hat sich der Richter aber auch mit verwaltender Tätigkeit zu befassen. Diese unterscheidet sich in nichts von derjenigen einer Verwaltungsbehörde, so dass auch bezüglich der Haftung die Probleme die gleichen sind.

Aehnlich liegen die Dinge bei der gesetzgebenden Behörde. Die Gesetzgebung selbst kann zu Schadenersatzforderungen aus widerrechtlichen Handlungen keinen Anlass geben⁶⁵. Wo aber der Gesetzgeber ausnahmsweise Verwaltungsakte vornimmt, da soll auch die Schadenersatzpflicht des Staates nicht ausgeschlossen sein.

11. Die Widerrechtlichkeit

Sie ist eine weitere, wohl die bedeutendste Voraussetzung für die Entstehung eines Schadenersatzanspruches gegen den Staat. Im Gegensatz zu einigen andern Autoren⁶⁶, die im öffentlichrechtlichen Schadenersatzrecht nichts wissen wollen von einer Unterscheidung zwischen rechtmässiger und unrechtmässiger Handlung, haben wir uns auf den Standpunkt gestellt, dass, wiederum in Anlehnung an das zivile Schadenersatzrecht, es gerade die Unrechtmässigkeit ist, die diese Haftung charakterisiert. Auch der Widerrechtlichkeitsbegriff selbst ist derselbe wie er uns vom zivilen Schadenersatzrecht her geläufig ist. Es ergeben sich aber Besonderheiten, die ihren Ursprung im öffentlichrechtlichen Verhältnis haben, vor allem in der Tatsache, dass der schädigende Akt ein hoheitlicher ist.

⁶⁴ Ziegler S. 550, Stadlin S. 136.

⁶⁵ Im Gegensatz zu den rechtmässigen Beeinträchtigungen subjektiver Rechte durch das objektive Recht, wo das Institut der öffentlichrechtlichen Entschädigung wirksam wird.

⁶⁶ Sprecher S. 111, His S. 24/25.

Wir gehen davon aus, dass unter Widerrechtlichkeit die Verletzung irgend einer geschriebenen oder ungeschriebenen Norm der Rechtsordnung zu verstehen ist⁶⁷. Ob die Handlung eine verschuldete ist oder nicht, spielt in diesem Zusammenhange zunächst keine Rolle. Die verletzte Norm kann in einem Gebote bestehen; das hat zur Folge, dass die Widerrechtlichkeit eine Unterlassung ist; oder sie kann die Form eines Verbotes haben; dann muss die Verletzung desselben ein Tun, eine aktive Handlung sein.

Ein wesentlicher Unterschied zum Privatrecht besteht darin, dass nicht nur die Verletzung von Gesetzen und Rechtsverordnungen, sondern auch Verletzungen von verwaltungsinternen Vorschriften (Verwaltungsverordnungen) als rechtswidrig gelten⁶⁸. Demnach ist der Widerrechtlichkeitsbegriff hier ein weiterer, indem auch die Nichtbeachtung von Reglementen und Dienstbefehlen als solche gewertet wird⁶⁹.

Dies zu betonen ist deshalb wichtig, weil teilweise auch die Auffassung vertreten wird, dass nicht jede Normverletzung genüge, sondern dass die Widerrechtlichkeit als Voraussetzung der Staatshaftung nur dann gegeben sei, wenn die verletzte Vorschrift im Interesse oder zum Schutz des Bürgers aufgestellt sei⁷⁰. Im deutschen Recht ist diese Auffassung vom Gesetz selbst anerkannt worden. Es handelt sich aber hier um einen typischen Fall, wo das öffentliche Schadenersatzrecht andere Wege gehen muss als das zivile: Währenddem es undenkbar ist, dass eine Drittperson gegenüber einer juristischen Person des Privatrechts oder gegenüber einem Geschäftsherrn einen Schadenersatzanspruch geltend machen kann, weil Organe oder Angestellte interne Vorschriften (Dienstvertrag), verletzt haben, stehen im öffentlichen Recht andere Interessen auf dem Spiel. Hier geht es um das Prinzip der gesetzmässigen Ver-

⁶⁷ sog. objektiver Widerrechtlichkeitsbegriff (Ostfing. I 95 und dort zitiert: BGE 30 II 571; 32 II 279; 47 II 179; 50 II 379; 55 II 334; 56 II 373).

⁶⁸ Im Hof S. 36: «Wenn die Gesetzgebung den allgemeinen Grundsatz aufstellt, die Beamten seien dem Bürger für den Schaden haftbar, den sie bei Ausübung ihrer amtlichen Verrichtung widerrechtlich verursachen, so begründen sie eine schärfere Haftung als die, die sich aus dem OR ergäbe. Denn nach diesem Grundsatz wird jede Handlung, in der eine Verletzung der Dienstpflicht liegt, zugleich auch als eine unerlaubte Handlung gegenüber dem geschädigten Dritten erklärt, während die Verletzung eines privatrechtlichen Dienstvertrages Dritten gegenüber nicht als rechtswidrige Handlung zu gelten hat.»

⁶⁹ anderer Ansicht: Schütz S. 50.

⁷⁰ vgl. Roos S. 388 v. Tuhr I S. 33; Ruch Verw. R. I S. 145.

waltung; an dessen Reinhaltung ist jedermann interessiert. Von der sorgfältigen Befolgung auch der internen Verwaltungsvorschriften hängt nicht nur die reibungslose Abwicklung der Amtsgeschäfte ab, sondern auch das Vertrauen, das der Bürger in eine rechtsgleiche Behandlung seitens der Verwaltungsorgane hat und behält. Es darf deshalb nicht darauf abgestellt werden, ob der Beamte «eine einem Dritten gegenüber bestehende Amtspflicht» verletzt hat oder ob die verletzte Norm eine lediglich für den internen Gebrauch bestimmte Verwaltungsvorschrift ist. Ob dann im konkreten Fall auch die Verletzung einer internen Vorschrift zu einem Schadenersatzanspruch Anlass geben kann, hängt vom Vorhandensein des adaequaten Kausalzusammenhanges ab⁷¹. Dass dieser auch dann bestehen kann, wenn die Vorschrift, die verletzt wurde, nicht im Interesse des Geschädigten bestanden hat, bedarf keiner besonderen Erklärung.

Falsch wäre es, wenn man eine Klärung der Bedeutung der Widerrechtlichkeit aus dem Wortlaut der Gesetze erwarten wollte. Währenddem in einer grossen Zahl von Erlassen die Sprache des OR verwendet wird, indem einfach von widerrechtlich verursachtem Schaden die Rede ist, fehlt in anderen ein die Widerrechtlichkeit bezeichnender Ausdruck überhaupt⁷². Zahlreich sind auch die Gesetze, in denen die Widerrechtlichkeit in den Ausdrücken Amtspflichtverletzung oder Dienstpflichtverletzung enthalten ist⁷³. Im Gegensatz zum deutschen Recht, wo ein grundsätzlicher Unterschied zwischen Amtspflicht und Dienstpflicht gemacht wird, lässt sich im schweizerischen Recht diese Grenze nicht ziehen⁷⁴. Bei den Ausdrücken Amtspflicht- und Dienstpflichtverletzung ist allerdings zu beachten, dass sie die Widerrechtlichkeit nicht unbedingt mitumfassen⁷⁵. So ist die Missachtung eines Dienstbefehls zweifellos

⁷¹ Im Hof S. 357.

⁷² Dort, wo nur von schuldhafter Handlung gesprochen wird (SH), ist die Widerrechtlichkeit mit eingeschlossen. «Das rechtserhebliche Verschulden setzt die Urteilsfähigkeit voraus und schliesst neben der Fehlerhaftigkeit des Willens oder des Intellektes die Rechtswidrigkeit in sich» (Homberger S. 2).

⁷³ Aargau: intern «Vernachlässigung ihrer Dienstpflicht», extern wie OR; Bern: Amtspflichtverletzung; Glarus und Solothurn: Verletzung der Dienstpflicht).

⁷⁴ Ueber Amtspflicht und Dienstpflicht: Sager S. 102, Schütz S. 46, Goebel S. 26 ff.

⁷⁵ «Fehlende Rechtsmässigkeit ist nicht gleichbedeutend mit Amtspflichtverletzung» (Bundesgericht 15. Juli 1932, im Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung 33, 456).

eine Dienstpflichtverletzung. Eine Rechtswidrigkeit liegt aber dann nicht vor, wenn der Vorgesetzte nicht seinerseits zum Erlass des Befehls rechtlich verpflichtet war, d. h. wenn es in seinem freien Ermessen lag, ob er den Befehl erlassen wollte oder nicht. Im internen Verhältnis kann sich allerdings auch schon aus der Nichtbeachtung von solchen Dienstbefehlen eine Schadenersatzpflicht des Beamten gegenüber dem Staat ergeben.

Immerhin kann auch im soeben erwähnten Handeln im ermessensfreien Gebiet bereits eine Widerrechtlichkeit liegen. Denn es ist nicht erforderlich, dass die verletzte Norm eine solche des geschriebenen Rechts ist. Auch bei Einhaltung der Grenzen des freien Ermessens können allgemeine Rechtsgrundsätze verletzt werden, und darin liegt eine Widerrechtlichkeit ⁷⁶.

In besonderen Fällen kann auch die an sich widerrechtliche Handlung zur rechtmässigen werden. Dies trifft dann zu, wenn der Verletzte in den schädigenden Akt einwilligt. Im öffentlichrechtlichen Verhältnis Staat—Bürger dürften solche Situationen allerdings höchst selten sein. Hier spielt eine andere Art von Ausschluss der Rechtswidrigkeit eine grössere Rolle: Der Staat ist auf Grund besonderer Gesetzesbestimmungen oft befugt, die subjektiven Rechte des Einzelnen zu verletzen. Diese Befugnis enthält das Gesetz dann, wenn das Allgemeininteresse dem Interesse des Einzelnen vorgeht. Die an sich rechtswidrige Handlung wird dann aber durch die besondere gesetzliche Befugnis zur rechtmässigen und fällt damit aus dem Rahmen unserer Betrachtung heraus. Die aus solchen Akten erwachsende Entschädigungspflicht fällt in das Gebiet der öffentlichrechtlichen Entschädigung bei rechtmässiger Ausübung der obrigkeitlichen Gewalt. Hierhin gehört auch die Frage der Entschädigungspflicht im Falle von Verhaftungen, bei denen nachträglich die Schuldlosigkeit des Verdächtigen nachgewiesen wird. Da diese Art von staatlichem Eingriff besonders schwerwiegend ist, hat man hier die Schadenersatzpflicht meist schon gesetzlich geregelt, bevor man Bestimmungen über die Beamtenverantwortlichkeit und die Staatshaftung aufgestellt hat. Dabei wurde die Entschädigungspflicht für die ungesetzliche Verhaftung meistens auch miteingeschlossen. Es findet sich deshalb auch die Staatshaftung für wider-

⁷⁶ Roos S. 390.

rechtliche Handlungen hier oft schon verwirklicht, während sie für die übrigen hoheitlichen Akte noch völlig unbekannt ist ⁷⁷.

12. Schaden, Schadenersatz, Genugtuung, Mitverschulden des Geschädigten

Die mit dem Schaden in Zusammenhang stehenden Fragen sind ebenfalls ungefähr die gleichen, wie sie sich im zivilen Schadenersatzrecht ergeben ⁷⁸. Wir können uns deshalb hier kurz fassen und erinnern daran, dass die Grundsätze des zivilen Schadenersatzrechtes auch im öffentlichen Recht angewendet werden können, sofern nicht besondere, in der Natur des öffentlichen Rechts begründete Abweichungen sich aufdrängen ⁷⁹.

Es kann sich beim Schaden sowohl um einen Sach- wie um einen Personenschaden handeln, und auch die Verletzung eines Rechtes kann dazu gehören. Voraussetzung ist aber, dass eine wirtschaftlich messbare Schädigung vorliegt ⁸⁰. Wie weit auch die Verletzung von nicht in Geld messbarem, rein ideellen Schaden zu Ersatz verpflichten kann, wollen wir hier kurz untersuchen.

In den kantonalen Gesetzen wird über diesen Punkt im allgemeinen nichts bestimmt. Dass aber auch seitens des Staates oder seiner Beamten Dritten moralischer Schaden zugefügt werden kann, ist nicht zweifelhaft. Es ist vielmehr so, dass aus der staatlichen Tätigkeit heraus sehr leicht solche Schäden entstehen können. Denn der Staat soll das Recht verwirklichen. Er ist um des Rechtes willen da, ganz im Gegensatz zum privaten Schädiger, der darin nicht seine Hauptaufgabe sieht. Wenn von Seiten des Staates das Recht missachtet wird, so verletzt dies das Rechtsgefühl des Geschädigten viel mehr, als wenn der selbst im harten Existenzkampf stehende Bürger den Boden des Rechtes verlässt. Besonders deutlich kommt dies ja bei der ungesetzlichen Verhaftung zum Ausdruck. Bei ihr ist der moralische Schaden, die Unbill, oft grösser als der in Geld messbare Schaden. Eine grosse Zahl von Spezialgesetzen über die unverschuldete und die ungesetzliche Verhaftung anerkennt diese Tatsache und gewährt dem Geschädigten ausser dem

⁷⁷ Eingehende Behandlung des ganzen Problems bei A. Hauser, ferner: Stödter S. 22, Sprecher S. 114, Schütz S. 25, Thilo, J. d. Trib. 78 I 227 ff.

⁷⁸ Roos S. 393.

⁷⁹ siehe S. 9.

⁸⁰ Oftinger I S. 28.

Schadenersatzanspruch auch einen solchen auf Genugtuung⁸¹. Kann aber nicht gerade aus diesem Fall per argumentum e contrario geschlossen werden, dass bei den übrigen Staatshaftungsbestimmungen kein Genugtuungsanspruch bestehe, sofern das Gesetz einen solchen nicht ausdrücklich zubillige? Wir glauben nicht. Das argumentum e contrario könnte nur dann zur Anwendung gebracht werden, wenn sowohl die allgemeine Staatshaftung wie auch diejenige aus der ungesetzlichen Verhaftung in ein und demselben Gesetze geregelt wären. In der Regel besteht aber kein Zusammenhang zwischen solchen Gesetzen; ihre Entstehung liegt zeitlich meist weit auseinander, und beim Erlass des einen wurde auf das andere keine Rücksicht genommen. In einigen wenigen Gesetzen wird nun allerdings ausdrücklich ein «wirklicher» oder ein «positiver» Schaden zur Voraussetzung der Ersatzpflicht des Staates gemacht⁸². Die Anlehnung an den Wortlaut des EVG ist dabei unverkennbar. Auch dieses spricht im Art. 7 von «positivem» Schaden. Ob aber mit dieser Formulierung die Genugtuungsleistung ausgeschlossen sein soll, oder ob man mehr daran dachte, einen bereits eingetretenen Schaden zu verlangen im Gegensatz zum erst drohenden, oder ob man den «positiven» Schaden als Gegensatz zum Schaden aus entgangenem Gewinn verstanden haben wollte, ist nicht klar, und die Meinungen gehen darüber auseinander⁸³. Es muss dem Richter überlassen bleiben, die richtige Lösung zu finden. Dieser wird wohl kaum bei einer grammatikalischen Interpretation verharren, sondern er wird auch hier eine möglichst weitgehende Angleichung an das Privatrecht suchen⁸⁴.

Eindeutig liegen die Verhältnisse, wenn einfach von Schaden gesprochen wird, und das Gesetz im übrigen auf die Bestimmungen des OR verweist. In diesem Falle steht ausser Zweifel, dass auch immaterieller Schaden zu vergüten ist, sofern die Voraussetzungen erfüllt sind, die von Doktrin und Praxis hierzu als notwendig bezeichnet werden⁸⁵.

⁸¹ KV SH Art. 6: «Anspruch auf Genugtuung und Entschädigung.»

LU Art. 6: «... Anspruch auf volle Entschädigung.»

ZH Art. 7: «Entschädigung oder Genugtuung.»

ZG Art. 8: «Genugtuung und angemessene Entschädigung.»

⁸² BE § 46, TG § 27.

⁸³ Für Genugtuung: Sager S. 112, Escher S. 115, dagegen: Hürlimann S. 44.

⁸⁴ Bern. Appellationsgericht (BJZ 58, S. 326) hat Genugtuung zugesprochen.

⁸⁵ Praxis des Bundesgerichts 1, S. 82; BGE 35 II 515.

Was die Höhe des Schadenersatzes anbelangt, so hat sich der Richter voll und ganz an die im Zivilrecht geltenden Grundsätze zu halten. Insbesondere ist das Mitverschulden des Beschädigten zu berücksichtigen. Es tritt hier oft in einer besonderen Art und Weise in Erscheinung: Ein Mitverschulden liegt dann vor, wenn es der Geschädigte unterlassen hat, sich gegen die rechtswidrigen Handlungen des Beamten zur Wehr zu setzen⁸⁶. Einzelne Gesetze machen die Ausschöpfung aller Rechtsmittel sogar zur Voraussetzung für die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches⁸⁷. Es kann also unter Umständen die Nichtanbringung der Verwaltungsbeschwerde zur Herabsetzung des Schadenersatzanspruches führen. Auch hat der Dritte den Beamten selbst auf die Fehlerhaftigkeit seiner Handlungen aufmerksam zu machen, wenn ihm die Rechtswidrigkeit derselben bekannt ist⁸⁸. Nun wird allerdings in den seltensten Fällen dem Adressat einer Verwaltungsverfügung deren Rechtswidrigkeit sogleich erkennbar sein. Grundsätzlich ist der Bürger nicht verpflichtet, Verwaltungsakte auf ihre Rechtmäßigkeit zu prüfen.

13. Der Kausalzusammenhang

Auch beim Kausalzusammenhang, dessen Vorhandensein eine weitere Haftungsvoraussetzung ist, ergeben sich einige Aspekte, die für unser Thema von einer gewissen Bedeutung sind. Ob der Zusammenhang zwischen Ursache und Wirkung adaequat ist, ist bei der Staatshaftung eine ausgesprochen öffentlichrechtliche Frage, die zu untersuchen dem Richter, insbesondere dem Zivilrichter beträchtliche Schwierigkeiten bereiten kann. Dies umsomehr, da nach schweizerischer Auffassung die Haftung nicht nur dann eintritt, wenn eine einem Dritten gegenüber bestehende Amtspflicht verletzt wurde. Wäre letzteres der Fall, so wäre auch die Kausalitätsfrage relativ leicht zu lösen. Bei uns kann aber jede Rechtswidrig-

⁸⁶ Fleiner S. 278, Schelhorn Amtshaftung S. 27, BGE 31 II 349.

⁸⁷ Art. 15 GR: «Sofern der Geschädigte den Schaden durch die Anwendung von Rechtsbehelfen hätte verhindern oder gutmachen können, bestimmt der Richter nach freiem Ermessen, ob und in welchem Umfange die Klage zu schützen ist.» SH Art. 141: «... vorausgesetzt, dass nicht der Geschädigt durch Anwendung von Rechtsvorkehren den Schaden hätte gut machen können und solches versäumt hat.»

⁸⁸ Schütz S. 64.

keit, die im Zusammenhang mit einer hoheitlichen Handlung be-
gangen wurde, kausal sein⁸⁹. Die richtige Anwendung der Lehre
vom adaequaten Kausalzusammenhang verlangt vom Richter ein
weitgehendes Verständnis der Verwaltungstätigkeit; es ist darin ein
Argument für die Zuweisung der Staatshaftungsprozesse an beson-
dere Verwaltungsgerichte zu sehen.

Auch die Unterlassung kann die Ursache für den Eintritt eines
Schadens sein, so wenigstens nach den Lehren der Wissenschaft.
Immerhin fällt es hier im allgemeinen schwerer, den Kausalzusam-
menhang nachzuweisen. So kann man sich fragen, ob die Adaequanz
im Kausalzusammenhang gegeben ist, wenn von staatlichen Or-
ganen den ihnen obliegenden Aufsichtspflichten nicht nachgekom-
men wird. Im Grunde genommen liegt ja dem Staat diese Auf-
sichtspflicht ob in bezug auf alles, was sich innerhalb seiner Gren-
zen abspielt und irgendwie öffentliche Interessen berührt. Die Ver-
nachlässigung dieser so weit und ganz allgemein gehaltenen Pflicht
kann nun allerdings niemals genügen, um im Einzelfall eine Scha-
denersatzpflicht zu begründen. Nur wenn bestimmte Kontrollen
vorgeschrieben sind und diese vernachlässigt werden, oder wenn auf
Grund von Feststellungen, die bei diesen Kontrollen gemacht wur-
den, nicht die entsprechenden Abhilfen angeordnet werden, kann
man daran denken, den Kausalzusammenhang zwischen der Ver-
nachlässigung und dem Schaden als adaequat zu bezeichnen. Das
aargauische Gesetz hat eine Haftung auf Grund von Vernachlässi-
gungen von Aufsichtspflichten ausdrücklich ausgeschlossen, wenig-
stens für bestimmte Fälle⁹⁰.

Interessant ist ein Entscheid des Genfer Gerichtes: Auf der
Rhône war ein (privates) Schiff gesunken. Der Staat hatte die
Mängel des betreffenden Fahrzeuges festgestellt gehabt, aber es
unterlassen, Massnahmen zur Abhilfe des gefährlichen Zustandes
anzuordnen. Die Kausalitätsfrage wurde zwar nicht diskutiert; der
Staat wurde aber haftbar gemacht, woraus hervorgeht, dass der
Kausalzusammenhang als gegeben angenommen worden war⁹¹.

⁸⁹ Siehe Seite 32 ff.

⁹⁰ AG § 3: «Aus der Pflicht des Staates oder der Gemeinden zur Aufsicht über
Personen, die einen patentierten Beruf ausüben und über Privatunternehmungen
kann eine Haftung des Staates oder der Gemeinden nicht abgeleitet werden.
Auch aus der Aufsicht des Staates über die Gemeinden kann keine Haftpflicht
des Staates geltend gemacht werden.»

⁹¹ Semaine judiciaire 1915, S. 428.

Schaden kann auch deshalb entstehen, weil es der Staat unterlassen hat, ein bestimmtes Gebiet gesetzlich zu regeln. Vorerst muss allerdings festgestellt werden, ob darin eine Rechtswidrigkeit zu erblicken ist. Wenn die Unterlassung nicht rechtswidrig ist, braucht auch die Frage der Kausalität nicht geprüft zu werden⁹². Es ist aber denkbar, dass die Verwaltungsbehörde von der Legislative den bestimmten und befristeten Auftrag zum Erlass bestimmter Vorschriften erhalten hat, es aber vernachlässigt, dem Auftrage nachzukommen. Die Rechtswidrigkeit ist dann sicher gegeben, und wir stehen ausschliesslich vor einem Kausalitätsproblem, wenn aus dem Nichterlass der Vorschrift ein Schadenersatzanspruch geltend gemacht wird. Es ist aber kaum denkbar, dass der Kausalzusammenhang zwischen Schaden und Nichterlass der Vorschrift ein adaequater sein kann. Die Adaequanz wäre nur vorhanden, wenn das Nicht-Existieren der Vorschrift nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet wäre, den schädigenden Erfolg herbeizuführen. Solches ist aber nicht anzunehmen, denn solange eine Vorschrift noch nicht rechtskräftig ist, rechnet man nicht mit ihrem Vorhandensein, und der gewöhnliche Lauf der Dinge basiert somit auf den Verhältnissen, wie sie vor Erlass der Vorschrift bestehen.

⁹² BGE 38 II 393.

2. Abschnitt:

DIE HAFTUNGSSYSTEME

Der hier angewandten Systematik liegt der Gedanke zu Grunde, dass sich die Staatshaftung aus der persönlichen Verantwortlichkeit des Beamten heraus entwickelt hat. Für die Gruppenbildung ist somit wegleitend, wie weit diese Entwicklung im Einzelfall gediehen ist, d. h. wie weit das ursprüngliche Grundprinzip der alleinigen persönlichen Beamtenverantwortlichkeit zugunsten einer Staatshaftung gewichen ist.

Es müssten daher diejenigen Kantone an die Spitze gestellt werden, die nur die persönliche Beamtenhaftung kennen. Diese würde aber den Rahmen dieser Arbeit sprengen, und es genügt daher, wenn man sich vergegenwärtigt, dass bei einer Reihe von Kantonen die Gesetzgebung auf dieser Stufe stehengeblieben ist.

Es bleiben somit noch zwei Hauptgruppen: Eine erste umfasst diejenigen Gesetze, bei denen die Staatshaftung von der Beamtenhaftung abhängig ist, wobei die Abhängigkeit darin bestehen kann, dass den Staat die Ersatzpflicht nur trifft, soweit der Schaden nicht durch den Beamten selbst gedeckt werden kann, oder aber darin, dass sich der Geschädigte im Umfang seines Ersatzanspruches, der ihm gegen den Beamten zusteht, an den Staat direkt halten kann.

Die zweite Gruppe umfasst die Gesetze, bei denen die Staatshaftung von der Beamtenverantwortlichkeit losgelöst ist, so dass man von einer ursprünglichen, einer originären Haftung spricht.

A. DIE AKZESSORISCHE STAATSHAFTUNG

1. Das Wesen dieser Haftungsart

Die in dieser Gruppe zur Behandlung kommenden Haftungssysteme sind entwicklungsmässig als Zwischenstufe zwischen dem System der alleinigen Beamtenverantwortlichkeit und demjenigen der originären Staatshaftung zu betrachten. Wir finden hier eine Lösung, die das Prinzip der Beamtenverantwortlichkeit, eine be-

währte, im Rechtsbewusstsein des Volkes fest verankerte Einrichtung¹, unangetastet lässt. Es wird aber nach einem Weg gesucht, den Bürger besser gegen die materiellen Folgen zu schützen, die er infolge widerrechtlicher Handlungen von Beamten erleiden kann. Als unbillig wurde empfunden, dass der schädigende Akt ein solcher des Staates ist, oder doch mindestens im Namen des Staates erfolgte, dass aber für die Leistung des Schadenersatzes nur die relativ schwache Finanzkraft des Beamten zur Verfügung steht. Die Lösung wird darin gefunden, dass man die Beamtenverantwortlichkeit bestehen lässt, den Staat aber unter bestimmten Voraussetzungen und in bestimmtem Umfange zur Tragung des Schadens mit heranzieht. Die Schadenersatzpflicht des Staates wird abhängig gemacht von derjenigen des Beamten. Letztere ist die Voraussetzung dafür, dass die erstere entstehen kann. Ohne Beamtenverantwortlichkeit keine Staatshaftung. Dieses Akzessorietätsverhältnis erinnert stark an die Bürgschaft, und es ist denn auch bei näherer Untersuchung festzustellen, dass in manchem Uebereinstimmung zwischen den beiden Rechtsinstituten herrscht, so dass es angezeigt erscheint, die Bürgschaft hier zum Vergleich heranzuziehen². Der Vergleich soll aber nur dazu dienen, das Wesen dieser Haftungsart besser verständlich zu machen. Vergleiche können gefährlich sein, und wir wollen uns deshalb zuerst Rechenschaft darüber ablegen, welche grundsätzlichen Unterschiede bestehen, d. h. wir wollen wissen, wo wir von vornherein nicht vergleichen dürfen. So ist festzuhalten, dass wir uns auf dem Boden der Delikthaftung befinden, währenddem die Bürgschaft dem Vertragsrecht angehört. Uns interessieren somit weder die Entstehung³ noch der Untergang der Bürgschaft, sondern einzig ihr Inhalt und ihr Zweck. Hauptzweck der Bürgschaft ist ihre Sicherungsfunktion, d. h. die Sicherung des Gläubigers vor der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners⁴. Den gleichen Zweck verfolgen auch die Staatshaftungsgesetze dieser Gruppe. Sie suchen auf diesem Wege die unbilligen Folgen, die bei alleiniger Beamtenverantwortlichkeit für den geschädigten Dritten infolge der

¹ Schweiz. juristische Kartothek 354.

² ähnlich: Reichlin S. 20.

³ Statt durch Vertrag entsteht hier das bürgschaftsähnliche Verhältnis durch Gesetz, die «Bürgschaftsschuld» durch die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit des Beamten nach erfolgter Verurteilung zu Schadenersatz.

⁴ Guhl S. 56.

Zahlungsunfähigkeit des Beamten entstehen, zu eliminieren. Inhaltlich handelt es sich bei der Bürgschaft um ein Einstehen für die Schuld eines anderen⁵. Auf unsere Verhältnisse übertragen bedeutet dies, dass der Anspruch des Geschädigten gegenüber dem Beamten (unter bestimmten Voraussetzungen und in bestimmtem Umfang) zu einem Anspruch gegenüber dem Staat wird. Das hervorstechendste Merkmal der Bürgschaft, die Akzessorietät zwischen dem Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner und dem Anspruch des Gläubigers gegen den Bürger ist auch hier vorhanden. Dieses Akzessorietätsverhältnis macht es nötig, dass man in allen Fällen, in denen der Staat für die widerrechtlichen Handlungen seiner Beamten einzustehen hat, in dieser Gruppe zuerst das Vorhandensein eines Anspruches des Dritten gegen den Beamten untersucht. Es muss also primär die Verantwortlichkeit der Behörden und Beamten gegenüber Dritten geprüft werden. Erst die Ergebnisse dieser Untersuchung ermöglichen es, den Umfang der Staatshaftung zu erkennen.

Zu diesem Zwecke sind alle Voraussetzungen der Beamtenhaftung in ähnlicher Weise festzustellen, wie wir dies im vorigen Abschnitt bei der Staatshaftung getan haben.

2. Die gesetzlichen Grundlagen

Der entscheidende Kompetenzausscheidungsartikel des Bundesrechts ist hier der Art. 61 OR. Der Art. 59 ZGB spielt keine Rolle. Obwohl alle Gesetze dieser Gruppe die Staatshaftung kennen, oft sogar in sehr ausgedehntem Masse, ist wegen des akzessorischen Verhältnisses, in dem die Staatshaftung zur Beamtenhaftung steht, der Kanton kompetent vom OR abweichende Bestimmungen zu erlassen. Unterlässt er dies aber, so gelten automatisch die Bestimmungen von Art. 41 ff. OR und zwar sowohl bezüglich der Staatshaftung wie auch der Beamtenverantwortlichkeit. Art. 59 ZGB, der für die Regelung der Haftungsverhältnisse öffentlichrechtlicher Körperschaften nur das öffentliche Recht gelten lässt und im Falle Fehlens entsprechender Bestimmungen nicht einfach das Bundeszivilrecht in die Lücke springen lässt, ist, wenn auch nicht formell, so doch tatsächlich ausgeschaltet. Dies hat zur Folge, dass sich die Staatshaftung immer dann, wenn die Beamtenverantwortlichkeit an sich

⁵ Oser-Schönenberger Kommentar 3. Teil (1945) S. 1789.

nicht geregelt ist, nach den Bestimmungen des Bundeszivilrechtes richtet. In diesem Sinne ist z. B. der Art. 21 der Walliser Verfassung auszulegen⁶. «Die Behörden und Beamten sind für ihre Amtsverrichtungen verantwortlich. Für die Amtsverrichtungen der vom Staate ernannten Beamten ist dieser subsidiarisch haftbar. Das Gesetz bezeichnet die Beamten, welche eine Amtsbürgschaft zu leisten haben.» Hier liegt keine Regelung der Beamtenverantwortlichkeit vor; es ist lediglich der Grundsatz aufgestellt, und es gilt somit das Bundeszivilrecht auch für die Begrenzung der Staatshaftung. Der Einfluss des Zivilrechts ist damit in dieser Gruppe ein etwas grösserer als dort, wo die Staatshaftung nicht von der Beamtenverantwortlichkeit abhängig ist. Der Vorteil liegt darin, dass auch dann, wenn der in der Verfassung enthaltene Grundsatz den alleinigen Anhaltspunkt bietet und ein Ausführungsgesetz fehlt, eine brauchbare Regelung vorliegt und eine klare Rechtslage besteht.

3. Das Haftungssubjekt

Bei der Frage nach dem Haftungssubjekt tritt hier naturgemäss der handelnde Funktionär in den Vordergrund. Haftungssubjekt ist sowohl dieser wie auch das Gemeinwesen. Das Nebeneinander dieser beiden Haftungssubjekte charakterisiert die ganze Gruppe. Der Funktionär ist aber immer das primäre Haftungssubjekt, selbst dann, wenn der Geschädigte alternativ auf den Beamten oder auf den Staat greifen kann. Diese verschiedenen Möglichkeiten werden bei den in diesem Kapitel zu machenden Untergruppen noch des Nähern behandelt werden müssen. Im übrigen stellen sich aber in bezug auf das Haftungssubjekt und die schädigende Person keine besonderen Probleme.

4. Der schädigende Akt

Wenn man die materiellrechtlichen Voraussetzungen durchgeht, die vorhanden sein müssen, damit die Verantwortlichkeit des Beamten entsteht, so stösst man bereits beim schädigenden Akt auf einige Verschiedenheiten im Vergleich zu den Voraussetzungen für die Entstehung der Staatshaftung. Es sind wiederum die Unter-

⁶ ebenso KV von Uri, Art. 17.

^{6a} Reichlin S. 9; BGE 54 II 364.

schiede, die durch das Bundesrecht vorgeschrieben werden (Art. 61 OR und Art. 59 ZGB). Aus dem oben Gesagten⁷ ergibt sich, dass auch in dieser Beziehung nur Art. 61 OR massgebend sein kann. Dort wird lediglich zwischen amtlicher und gewerblicher Verrichtung unterschieden, und das Bundesgericht hat in geradezu pedantischer Art entschieden, dass die gewerbliche Verrichtung dann anzunehmen sei, wenn dabei das Moment des Gelderwerbes im Vordergrund stehe⁸. Wenn eine Abhängigkeit des Staates von der Beamtenhaftung nicht besteht, steht nichts im Wege für die Umschreibung des schädigenden Aktes andere Kriterien zu benützen. Hier ist dies aber nicht möglich. Die Praxis des Bundesgerichtes bezüglich der Abgrenzung von gewerblicher und amtlicher Verrichtung ist wegen des Akzessorietätsverhältnisses bindend. Die wenig befriedigende Abgrenzung dehnt sich damit auch auf die Staatshaftung selbst aus. Man wird hier also, will man dieser Praxis genügen, weniger zu untersuchen haben, ob ein Akt hoheitlichen Charakter hat oder nicht, sondern einzig, ob die Handlung vom fiskalischen Standpunkt aus gesehen eine gewerbliche oder eine amtliche ist.

5. Die Widerrechtlichkeit

Auch beim Widerrechtlichkeitsbegriff kann man sich an das oben Gesagte halten. Die Ausdehnung dieses Begriffes auch auf die Verletzung interner Dienstvorschriften erhält sogar erst hier ihre besondere Bedeutung. Bei der originären Staatshaftung tritt die Person des Beamten viel mehr in den Hintergrund. Das hoheitliche Handeln wird zum anonymen Handeln im Namen des Staates. Diese Anonymität wird es dem Geschädigten oft überhaupt verunmöglichen, eine Verletzung von internen Dienstvorschriften oder von Dienstbefehlen festzustellen. Obwohl eine hoheitliche Handlung eine oder auch mehrere solche Verletzungen enthalten kann, erscheint sie nach aussen doch als rechtmässig. Jedoch dort, wo zuerst die Verantwortlichkeit eines bestimmten Beamten festgestellt werden muss, wie dies bei diesem System der Fall ist, werden auch die Verletzungen interner Vorschriften leichter festgestellt werden können⁹.

⁷ Seite 10 ff.

⁸ BGE 41 II 601.

⁹ vgl. die Ausführungen auf S. 111.

6. Das Verschulden

Wir haben bei der Behandlung der materiellrechtlichen Voraussetzungen der Schadenersatzpflicht des Staates das Verschulden des Beamten nicht als solche aufgezählt. Wohl kann dieses Verschulden kraft positiven Rechts Voraussetzung sein. Begrifflich notwendig ist dies aber nicht. Anders aber bei der Beamtenverantwortlichkeit. Bei ihr ist Verschulden Voraussetzung für die Entstehung der Schadenersatzpflicht¹⁰. Es lassen sich keine Gründe finden, die es rechtfertigen würden, den Beamten auch ohne Verschulden haften zu lassen (wie z. B. den Geschäftsherrn), denn es stehen ihm keine auf seiner Tätigkeit beruhende besondere Vorteile zu. Er arbeitet nicht auf seine eigene Rechnung, sondern er stellt seine Arbeitskraft dem Staat zur Verfügung, und Vorteile bzw. Gewinne, die der Beamte erzielt, gehören dem Staat. Eine gewisse Einschränkung dieses Prinzips kann sich aber ergeben, wenn der Beamte im Moment der Handlung nicht urteilsfähig ist. Es ist möglich, dass ihn das Gesetz in diesem Fall aus Billigkeit trotzdem haften lässt. Solche Bestimmungen waren besonders in deutschen Gesetzen häufig¹¹. In kantonalen Verantwortlichkeitsgesetzen kann dieser Fall dann eine Rolle spielen, wenn die ergänzende Anwendung der Bestimmungen des OR vorgesehen ist¹². Damit kann auch für die Beamten diese Billigkeitshaftung eintreten¹³. Das VG des Kantons Graubünden hat eine solche Bestimmung ins Gesetz aufgenommen¹⁴.

Die Abstufung des Verschuldens in Vorsatz und Fahrlässigkeit, wie sie vom Zivilrecht her bekannt ist, und die im Strafrecht gebräuchliche nochmalige Unterteilung der Fahrlässigkeit in eine schwere (grobe) und eine leichte Fahrlässigkeit findet sich auch hier. Etliche Gesetze unterlassen es zwar ganz, diese Schuldformen zu unterscheiden, andere wiederum sprechen überhaupt nicht vom Erfordernis des Verschuldens, lassen jedoch ebenfalls erkennen,

¹⁰ Art. 955 ZGB; Schütz S. 57.

¹¹ Reichsbeamtengesetz vom 22. Mai 1910.
Amtshaftungsgesetz von Preussen 1. August 1899.
Ausführungsgesetz BGE Bayern, 9. Juni 1899.

¹² Art. 54 OR.

¹³ anderer Ansicht: Roos S. 396.

¹⁴ Art. 6 VG des Kt. GR (siehe unten S. 94 A. 126).

dass sie auf diese Voraussetzung nicht verzichten¹⁵. Soweit der Wortlaut des OR übernommen wird oder durch Verweis seine Bestimmungen als direkt anwendbar erklärt werden, haftet der Beamte für Absicht und für Fahrlässigkeit. Letztere kann sowohl culpa levis wie auch culpa lata sein. Wenn auch immer zu berücksichtigen ist, dass der Richter die Pflicht und die Möglichkeit hat, die Höhe des Schadenersatzes nach dem Mass des Verschuldens festzusetzen, so ist doch gerade die Verschuldensfrage diejenige Frage, bei der es sich am meisten rechtfertigt, eine vom OR abweichende Regelung zu treffen¹⁶. Denn es ist für den Beamten eine zu strenge Haftung, wenn er für jede noch so leichte Fahrlässigkeit einzustehen hat. Besonders bei Nichtberufsbeamten könnte dies Härten mit sich bringen, die unter Umständen so weit führen könnten, dass sich nicht mehr genügend Bürger finden liessen, die solche Aemter auf sich nehmen¹⁷. Aber auch auf alle übrigen Beamten könnten allzu scharfe Haftungsbestimmungen unter Umständen eine lähmende Wirkung ausüben. Dass andererseits das Nichthaften für culpa levis für den Geschädigten sehr unbillig sein kann, soll damit nicht verschwiegen werden. Die Korrektur kann aber nur in einem anderen Haftungssystem gefunden werden, in dem Sinne, dass der Staat für den infolge leichten Verschuldens zugefügten Schaden primär aufzukommen hätte.

Die Grenze zwischen fahrlässigem Verhalten und einem solchen, das nicht mehr als schuldhaft bezeichnet werden kann, bestimmt sich nach dem Mass der für jedes Amt aufzuwendenden Sorgfalt. Damit soll betont sein, dass der Maßstab des Verschuldens ein objektiver ist. Es muss von einem Beamten erwartet werden, dass er «rechtschaffen, pflichtbewusst und pflichtgetreu» ist¹⁸. Man stellt ab auf die Willensmomente, wie sie normalerweise bei einem Beamten hätten beschaffen sein sollen¹⁹, und man nimmt damit in

¹⁵ So ist z. B. im Ausdruck «Ampspflichterletzung» das Moment des Verschuldens mitenthalt. Roos S. 388.

¹⁶ Anderer Ansicht ist Ott, S. 749.

«Il ne nous paraît pas nécessaire, disons le d'emblée, de créer des règles spéciales sur la responsabilité des fonctionnaires... Au contraire, de plus en plus, le législateur doit généraliser l'application des principes du droit commun et ne s'en éloigner que dans la mesure nécessaire à la sûreté intérieure et extérieure de l'Etat.»

¹⁷ Abschied des Grossen Rates GR zum VG S. 3.

¹⁸ Schelhorn S. 24.

¹⁹ Egger, Tendenz der jüngsten Privatrechtsgesetzgebung S. 71.

Kauf, dass subjektiv betrachtet der Beamte unter Umständen ohne Verschulden haftet²⁰. Der objektivierte Verschuldensmaßstab macht es verständlich, dass gelegentlich bereits im Gesetz selbst bei gewissen Beamtenkategorien das für die Haftung erforderliche Verschulden gegenüber den übrigen Beamten modifiziert wird. Wir denken dabei an die vom Bundesrecht aufgestellten Haftungsbestimmungen für kantonale Beamte und an die abweichenden Bestimmungen, wie sie gelegentlich für die Richter aufgestellt werden. Aus der Tatsache, dass die Richter nach dem Recht einzelner Kantone²¹ strenger haften als die übrigen Beamten, währenddem in anderen Kantonen ihre Haftung eine leichtere ist²², ergibt sich aber, dass diese Abstufungen mit Schwierigkeiten verbunden sind. Andererseits wird die Auffassung vertreten, der Richter habe besonders streng zu haften, weil von der Sorgfalt seiner Amtsführung das Ansehen der Justiz überhaupt abhängt, währenddem andererseits geltend gemacht wird, die ständige Beschäftigung mit der oft komplizierten Materie von Prozessen lasse es als ausgeschlossen erscheinen, dass dem Richter nicht gelegentlich kleine Fehler passieren und er könne deshalb nicht jedesmal zu Schadenersatz verurteilt werden²³.

Sicher ist es besser, alle Beamten gleicherweise haften zu lassen und es dem Richter zu überlassen, im Einzelfall den objektivierten Verschuldensmaßstab für die jeweilige Beamtenkategorie zu finden. Ob daneben den Angehörigen der Legislative bezüglich ihrer abgegebenen Voten und den Richtern bezüglich der reinen Spruchstätigkeit²⁴ die Unverantwortlichkeit zugebilligt werden soll, ist dann mehr eine rechtspolitische Frage.

Schwierigkeiten beim Entscheid, ob Verschulden vorliegt oder nicht, ergeben sich hauptsächlich dort, wo dem Beamten für sein Handeln ein gewisses Mass von freiem Ermessen zusteht. Wenn er innerhalb dieser Grenzen bleibt und den Schaden lediglich durch

²⁰ Oftinger I S. 107.

²¹ FB: ZPO § 569.

²² VD: Org. judiciaire Art. 145, CPC Art. 491—498.

²³ BGE 54 II 203.

²⁴ Für die Richter befürwortet dies Ziegler S. 552. Durchgeführt in SO: KV 1887.

Roos, S. 392, befürwortet bezüglich der persönlichen Verantwortlichkeit der Richter eine Unterscheidung, je nachdem es sich um Spruchstätigkeit handelt oder übrige Tätigkeit.

unzweckmässiges Handeln bewirkt, so braucht ihm dies noch nicht als Verschulden angerechnet zu werden. Erst wenn das freie Ermessen überschritten wird, d. h. wenn ein offensichtlicher Widerspruch besteht zwischen dem allgemeinen an die Beamtung geknüpften Auftrag und der in Frage stehenden Amtshandlung, kann von einer Amtspflichtverletzung und damit von einem Verschulden gesprochen werden. Auch Irrtum, und zwar sowohl Tatirrtum wie Verschulden gereichen. Natürlich soll er die Gesetzgebung seines auch Rechtsirrtum muss dem Beamten noch nicht unbedingt zum Ressorts beherrschen: aber es ist entschuldbar, wenn ihm dabei einmal etwas entgeht, besonders wenn es sich um relativ selten zur Anwendung kommende untergeordnete Vorschriften handelt.

7. Kausalzusammenhang

Bei der Untersuchung des Kausalzusammenhanges ist hier lediglich noch zu beachten, dass die Kausalkette vom Schadenereignis zurück bis zum handelnden Beamten geführt werden muss, währenddem bei der primären Staatshaftung lediglich der Kausalzusammenhang vom Hoheitsakt zum schädigenden Ereignis zu betrachten ist. Für den Geschädigten kann dies eine erhebliche Erschwerung bedeuten.

8. Die Untergruppen

a) Die subsidiäre Staatshaftung

(Eingeführt in den Gesetzen der Kt. SO, UR, VS, ZG)

aa) Das Wesen

Wie es der Name sagt, steht hier der Staat nur im Hintergrund, währenddem nach aussen vorerst ausschliesslich der Beamte als Haftungssubjekt auftritt. Erst wenn der Beamte für den Schaden nicht aufkommen kann, hat der Geschädigte die Möglichkeit, auf den Staat zu greifen. Der Staat mit seinen grösseren finanziellen Ressourcen sichert dem geschädigten Dritten für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Beamten, dessen finanzielle Leistungsfähigkeit in der Regel beschränkt sein wird, die Bezahlung seines Ersatzanspruches zu. Es steht dem Geschädigten nicht frei, an wen er sich

wenden will. Auch wenn er weiss, dass beim Beamten voraussichtlich nicht viel zu holen ist, so hat er doch vorher diesen ins Recht zu fassen. Erst wenn seine teilweise oder völlige Zahlungsunfähigkeit festgestellt ist, kann er sich gegen den Staat wenden. Der Vergleich mit der Bürgschaft drängt sich auch hier auf, und zwar handelt es sich um ein Verhältnis, das weitgehend mit der einfachen Bürgschaft übereinstimmt²⁵.

bb) Die Voraussetzungen

Wie auch bei der einfachen Bürgschaft ist erste Voraussetzung das Bestehen einer Hauptschuld, mit anderen Worten: die Beamtenverantwortlichkeit muss zuerst festgestellt sein. Dies kann nur in Form eines rechtskräftigen Urteils oder eines ihm gleichwertigen Vergleiches geschehen. Es genügt keinesfalls, dass lediglich seitens einer übergeordneten Behörde die Verantwortlichkeit im Administrativverfahren festgestellt wird. Denn der Feststellung der Verantwortlichkeit muss noch die Fixierung des Ersatzanspruches folgen, und hiezu ist nur das Gericht in der Lage. Der Geschädigte hat somit unter allen Umständen zuerst den Prozess gegen den Beamten durchzuführen²⁶. Diese erste Voraussetzung ist ein Ausfluss der Akzessorietät.

Als zweite Voraussetzung kommt nun noch der Grundsatz der Subsidiarität hinzu. Der Staat kann verlangen, dass der Beamte «ausgeschöpft» ist. Die Zahlungsunfähigkeit des letzteren muss feststehen. Bei der einfachen Bürgschaft tritt die Leistungspflicht des Bürgen dann ein, wenn der der Konkursbetreibung unterliegende Hauptschuldner in Konkurs geraten ist, oder wenn gegen den der Betreibung auf Pfändung unterliegenden Hauptschuldner das Pfändungs- und Verwertungsverfahren durchgeführt wurde und erfolglos war²⁷. Eine vollständige Angleichung an die Bürgschaft kann nun aber nicht erfolgen, insbesondere nicht in bezug auf das beneficium excussionis. Im Bürgschaftsrecht muss in weitgehendem Masse auf die Interessen des Bürgen Rücksicht genommen werden; dieser Schutz ist aber weniger dringlich, wenn der Staat Bürge ist.

²⁵ Reichlin S. 20.

²⁶ Der Staat hat die Einrede der Vorausklage; BGE 47 II 58.

²⁷ Art. 495/1 OR, Guhl, S. 236/208, 2. Aufl.

Es soll darum nicht der gleich strenge Maßstab angelegt werden²⁸. Es genügt, wenn die Zahlungsunfähigkeit des Beamten feststeht; eine Betreibung durchzuführen, von der zum vorneherein feststeht, dass sie ergebnislos verlaufen würde, erübrigt sich. Das Gemeinwesen wird also nicht strikte verlangen können, dass der Beamte ausgepfändet oder fruchtlos betrieben sei²⁹. Es kann aber verlangen, dass Pfänder verwertet werden, sofern solche vorhanden sind.

cc) Amtsbürgschaften und Kautionen

Neben der Verwertung von Pfändern kann der Staat aber auch Heranziehung derjenigen Sicherheiten verlangen, die dem öffentlichrechtlichen Anstellungsverhältnis eigen sind. Gemeint sind die Amtsbürgschaften und die Kautionen. Es handelt sich hierbei um Sicherheiten, die zwar in erster Linie dem Staat dienen sollen, bei denen es aber nicht ausgeschlossen ist, dass sie auch zur Befriedigung von geschädigten Dritten dienen können³⁰. Es wird demnach dem Gemeinwesen überlassen werden können, ob es die Amtsbürgschaften und die Kautionen dem Dritten direkt zur Verfügung stellen, oder ob es nachträglich selbst auf diese greifen will. Sofern der Staat die erstgenannte Möglichkeit zulässt, so wird dem Dritten dadurch unter Umständen ein zweiter Prozess, nämlich derjenige gegen den Staat, erspart. Nach dem zugerischen VG z. B. muss vom Geschädigten zuerst auf diese Sicherheit gegriffen werden³¹. Dadurch wird die sekundäre Stellung noch mehr betont³². Bei Uri kann aber angenommen werden, dass die Kaution in erster Linie dem Staat zur Verfügung steht.

Es ist bezeichnend, dass gerade die Kantone mit subsidiärer Staatshaftung den Kautionen und Amtsbürgschaften einen beträchtlichen Platz einräumen³³. Ueberall kommt zum Ausdruck, dass der Staat den Geschädigten zwar nicht dem Zufall einer möglichen Zahlungsunfähigkeit des Beamten aussetzen will, dass er aber alles vor-

²⁸ Art. 495 OR

²⁹ Bei der weiten Fassung des Beamtenbegriffes ist es durchaus denkbar, dass die schädigende Person im Sinne von Art. 49 SchKG der Konkursbetreibung unterliegt.

³⁰ Oser-Schönenberger zu Art. 512 OR N. 3; Gay S. 112.

³¹ VG Kt. ZG § 9.

³² Ueber die besondere Bedeutung der Amtskaution in Uri siehe Seite 56.

³³ VG ZG § 9; KV SO 1888 Art. 8/1; KV Uri Art. 18; KV VS Art. 21.

kehrt, damit er selbst erst in allerletzter Linie das Risiko zu tragen hat³⁴. Es kommen damit auch die Spezialformen der Bürgschaft zur Anwendung, denn soweit zuerst auf Amtsbürgschaften gegriffen werden muss, kommt dem subsidiär haftenden Staat die Rolle des Nachbürgen zu.

dd) Prozessrechtliches

Die Akzessorietät bringt es mit sich, dass dem Gemeinwesen gewisse Rechte des Beamten in der Prozessführung zukommen müssen. Denn der Staat hat alles Interesse daran, dass der Prozess eines Dritten gegen den Beamten sorgfältig und unter Ausschöpfung aller Möglichkeiten geführt wird. Darin liegt ein grosser Vorteil für den Beamten: er kann damit rechnen, dass er im Prozess gegen den Geschädigten vom Gemeinwesen unterstützt wird. Im Kanton Zug steht dem Staat ein Interventionsrecht zu. Er kann entweder die Prozessführung übernehmen oder im Prozess sowohl die eigenen Einreden wie auch diejenigen, die dem Beamten zustehen, geltend machen³⁵. Hierzu besteht für den Dritten eine Mitteilungspflicht gegenüber dem Staat. Dass der Staat sich einen grossen Einfluss wahrt, geht auch aus § 93 des zugerischen VG hervor: Der Regierungsrat hat Vergleiche zwischen dem Geschädigten und dem Beamten zu genehmigen.

ee) Der Rückgriff

Ueber die Frage des Rückgriffes auf den Beamten für den Fall, dass der Staat für den Schaden aufkommen muss, ist in keinem Gesetz etwas gesagt. Man mag auf den ersten Blick dieser Frage jede Berechtigung absprechen, da die Zahlungsunfähigkeit des Beamten im Moment des Prozesses einen Rückgriff gar nicht ermöglicht. Aus der Sicherungsfunktion, die die subsidiäre Staatshaftung zu erfüllen hat, lässt sich aber auch das Recht des Staates ableiten, sich für seine Leistung an den Geschädigten nachträglich bezahlt zu machen. Wie wir sehen werden, besteht ein Rückgriffsrecht auch bei

³⁴ Im Kanton SO wird sogar für diese letzte Möglichkeit noch vorgesorgt, indem in § 33 des Beamtengesetzes dem Staat noch nahegelegt wird, eine Haftpflichtversicherung abzuschliessen.

³⁵ ZG VG § 9/2.

der originären Staatshaftung, also bei jenem Haftungssystem, bei dem die Ersatzpflicht des Staates eine eigene, selbständige ist. A fortiori muss man dieses Recht dem Gemeinwesen dort zubilligen, wo es nicht die ursprüngliche Schuld begleicht, sondern diejenige des Beamten übernimmt. Die Tatsache, dass auch bei der Bürgschaft ein Rückgriffsrecht ausdrücklich zuerkannt wird³⁶, bestärkt uns in dieser Annahme. Zudem ist ja in der Regel der Beamte intern dem Staate für den Schaden verantwortlich, den er ihm durch widerrechtliche Ausübung seiner Amtsgewalt zufügt³⁷. Und schuldhaft widerrechtlich wird dem Staat zweifellos seitens des Beamten Schaden zugefügt, wenn der Staat gegenüber einem Dritten Ersatz leisten muss. Daran ändert die Tatsache, dass die Schadenszufügung eine indirekte ist, nichts.

Man könnte vielleicht gerade beim Kanton Zug versucht sein, zu behaupten, dem Staat stehe kein Rückgriffsrecht zu, weil durch das VG für einen ganz bestimmten Fall, nämlich dann, wenn der Staat kraft Bundesrecht für gewisse Beamten originär haftet, ein Rückgriffsrecht ausdrücklich vorgesehen ist. Aus den oben dargelegten Gründen scheint es uns aber verfehlt, daraus e contrario abzuleiten, dass dieses Rückgriffsrecht in den anderen Fällen nicht bestehe³⁸.

ff) Die praktische Bedeutung

Der grösste Mangel des beschriebenen Systems liegt in seiner Schwerfälligkeit. Sind doch nicht weniger als drei voneinander getrennte Verfahren notwendig, bis der Geschädigte zu seinem Ersatz kommt. Er hat zuerst den Prozess gegen den Beamten zu führen, daran schliesst sich die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit desselben an, die unter Umständen mit einer Konkurs-eröffnung oder einer Pfandverwertung verbunden ist; und zuletzt kommt noch der Prozess gegen den Staat. Wenn aber allseits guter Wille besteht, kann das Verfahren erheblich gekürzt werden, indem z. B. die Insolvenz des Beamten auch ohne Konkursbetreibung oder Betreibungungsverfahren festgestellt wird und indem der Staat das gegen den Beamten ausgefallte Urteil auch gegen sich anerkennt, wodurch

³⁶ Art. 508 OR.

³⁷ VG ZG § 7.

³⁸ VG ZG § 14.

ein weiterer Prozess erspart wird. Ein weiterer Nachteil, den die subsidiäre Haftung mit der im nächsten Kapitel zu schildernden Gruppe gemeinsam hat, ergibt sich aus dem Akzessorietätsverhältnis: Der Staat kann keinesfalls für mehr belangt werden als für den Betrag, den der Beamte schuldet; alle haftungsmildernden Gründe, die in der Person des Funktionärs liegen, kommen auch dem Staate zugute.

Der grosse Vorteil des Systems besteht einzig darin, dass die persönliche vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Beamten gegenüber dem geschädigten Dritten auf alle Fälle gewahrt bleibt³⁹. Dasselbe Resultat kann aber auch bei der originären Staatshaftung erreicht werden.

Zusammenfassend kann man feststellen, dass dieses Haftungssystem zwar eine brauchbare Lösung darstellt, dass es sich aber neben den neueren und besseren Systemen im schweizerischen Recht nicht mehr durchzusetzen vermag. Das geht schon aus der kleinen Anzahl von Kantonen hervor, in denen es noch angewendet wird⁴⁰; auch Graubünden bestätigt dies, denn dort wurde die subsidiäre Staatshaftung (VG von 1902) aufgegeben und die alleinige Staatshaftung eingeführt. Entwicklungsgeschichtlich bildet es die unterste Stufe der Staatshaftung überhaupt, und so ist es denn auch zu erklären, dass diese Gesetze mit Ausnahme desjenigen von Zug älteren Datums sind.

Die Haftungsbestimmungen des Solothurner Gesetzes über das Staatspersonal vom 23. November 1941 sind nicht neu, sondern sie gehen ihrem Inhalt nach auf die Staatsverfassung von 1851 zurück. Die Verfassung von 1841 kannte erst die persönliche Haftung der Beamten. In der Verfassung von 1856 wurde dann die nähere Regelung der neuen Haftungsart einem Ausführungsgesetz überlassen. Als solches gilt das Beamtengesetz von 1904 und das in dieser Hinsicht unveränderte Beamtengesetz von 1941. Der Kanton Uri kennt die subsidiäre Staatshaftung seit dem Inkrafttreten

³⁹ Aus diesem Grunde haben Loening und Ziegler (S. 557) die subsidiäre Haftung befürwortet.

⁴⁰ VS ZG SO UR.

Nicht zu vergessen ist, dass die Kantone auch kraft eidgenössischem Recht teilweise subsidiär haften (S. 12). Ebenso die Gemeinden im Kt. Bern, jedoch mit der Möglichkeit einer direkten Belanglosigkeit. (Art. 39 des Gemeindegesetzes vom 9. Dezember 1917.)

der heute noch gültigen KV von 1888. Im Kanton Wallis muss man auf die KV von 1907 zurückgehen (A. 21). Vorher existierte ebenfalls nur die persönliche Verantwortung der Beamten (KV 1873 A. 13). Dass der Kanton Zug in seinem VG von 1931 noch auf dieses veraltete System zurückgriff, erstaunt einigermaßen, besonders da in der Gesetzesberatung der Wert einer primären Staatshaftung anerkannt wurde⁴¹. Die Kleinheit des Kantons dürfte aber die subsidiäre Staatshaftung begünstigt haben, kommt doch in kleinen Kantonen der persönlichen Verantwortung der Beamten eine noch grössere Bedeutung zu als in grossen Kantonen.

Die Besonderheiten der einzelnen kantonalen Gesetze

S o l o t h u r n :

Das Wesentliche zu diesem Gesetz wurde bereits oben gesagt. Hier ist zunächst darauf aufmerksam zu machen, dass infolge der Tatsache, dass der Beamte für jedes Verschulden haftet, die Stellung des Geschädigten günstig ist.

Ueber den Geltungsbereich gibt das Gesetz selbst keine erschöpfende Auskunft. § 1 des Beamtengesetzes bestimmt: «Den Bestimmungen dieses Gesetzes untersteht das vom Volk oder einer Behörde als Beamte, Angestellte oder Arbeiter definitiv oder provisorisch gewählte Staatspersonal.» Offen bleibt die Frage, ob auch das Personal der öffentlichrechtlichen kantonalen Anstalten zum Staatspersonal gerechnet werden kann, und ebenfalls zu untersuchen bleibt, wie es sich mit jenen Behördemitgliedern verhält, die zum Staat in keinem öffentlichrechtlichen Anstellungsverhältnis stehen. Aus dem Gesetz für das Staatspersonal kann eine Haftung für sie nicht abgeleitet werden, und da auch der immer noch gel-

⁴¹ Schaller S. 126.

^{41a} Beamtengesetz 1941:

§ 35 Beamte, Angestellte und Arbeiter haften für Schaden, den sie in absichtlicher oder fahrlässiger Verletzung der Dienstpflichten verursachen. Die Bestimmungen des OR über die unerlaubte Handlung sind entsprechend anwendbar.

§ 36 ... (interne Haftung).

§ 37 Für Klagen Dritter ist als einzige Instanz das Obergericht zuständig. Gegenüber Dritten haftet der Staat subsidiär für den Schaden, den der Verantwortliche nicht ersetzen kann, soweit er nicht auf Grund besonderer Vorschriften primär haftet. — Der Regierungsrat kann zur Deckung solcher Ansprüche eine Haftpflichtversicherung abschliessen.

tende Art. 7 der KV nur von Beamten und Angestellten spricht, ist zu vermuten, dass diese Kategorie von Funktionären mangels einer kantonalen Regelung direkt den Bestimmungen von Art. 41 ff OR untersteht, und dass die subsidiäre Staatshaftung hier nicht zur Geltung kommt. Bei der Beratung des Beamtengesetzes von 1902 sprach sich der Regierungsrat im Kantonsrat⁴² in dem Sinne aus, dass er als dem Gesetz unterstehend die Staatsdiener der richterlichen und der vollziehenden Gewalt ausführte. Die Gemeindebeamten jedoch unterstehen nach seiner Ansicht dem Gesetz nicht⁴³, und folglich kann eine subsidiäre Haftung der Gemeinden nicht angenommen werden. Dafür böte auch die Verfassung keine Grundlage, denn auch sie spricht nur von der subsidiären Haftung des Staates^{43a}.

Besonderes Interesse beansprucht die Ordnung der gerichtlichen Zuständigkeit. Wenn auch ein Verwaltungsgericht nicht besteht, so ist doch immerhin ein Ansatz dazu darin zu erblicken, dass das Obergericht für Klagen Dritter als einzige Instanz zuständig ist. Es wird also ein Spezialforum geschaffen.

Uri:

Das hervorstechendste Merkmal ist die Begrenzung der subsidiären Haftpflicht des Staates auf den Betrag der doppelten Höhe der Amtskautions. Im Gegensatz zur Bürgschaft, die eine Fixierung des Haftungsbetrages (nach oben) verlangt, kennen wir eine solche bei der subsidiären Staatshaftung sonst nicht. Der Haftungsbetrag kann ja nicht zum Voraus durch Vertrag festgelegt werden, sondern er richtet sich nach einem gerichtlichen Urteil. Auch fallen die Gründe weitgehend weg, die eine Begrenzung nach oben wie bei gewöhnlichen Bürgen rechtfertigen, da der Staat in dieser Be-

⁴² Verhandlungen des Kantonsrates vom 2. Oktober 1900.

⁴³ Ziegler war der Ansicht, dass schon die Verfassung (Art. 7) den Gemeinden die subsidiäre Haftung aufbürde.

^{43a} KV, Art. 17: Behörden, Beamte und Angestellte des Staates sind in der Regel für getreue Pflichterfüllung und Handhabung der Verfassung und Gesetze zu beceiden. Sie sind für ihre Amtsführung verantwortlich, unter subsidiärer Haftbarkeit des Staates bis zum Betrage der doppelten Amtskautions in Fällen von Untreue und Pflichtvernachlässigung.

Art. 7 Amtskautionsgesetz 1889: Die Gemeinden bleiben für die Amtshandlungen ihrer Angestellten im Falle von Untreue und Pflichtvernachlässigung haftbar bis zum Betrage der doppelten Amtskautions. Die Gemeinden sind verpflichtet, von ... Amtskautionen von Fr. 500.— bis 2000.— zu verlangen.

ziehung weniger schutzbedürftig ist. Wenn der Kanton Uri trotzdem eine solche vorgenommen hat, dann wohl deshalb, weil er als kleiner Kanton keine grossen finanziellen Risiken auf sich nehmen wollte. Der praktische Wert der Staatshaftung bleibt auf diese Art natürlich ein sehr bescheidener.

Da die Amtskautionen je nach Beamtung eine verschiedene Höhe aufweisen, ändert sich auch der Umfang der Staatshaftung entsprechend. Je verantwortungsvoller der Posten, desto höher kann die Haftungssumme sein. Diese im ersten Moment als nicht ungeschickt erscheinende Lösung wird den tatsächlichen Verhältnissen aber kaum gerecht. Im internen Verhältnis, auf welches Kautionen ja hauptsächlich Anwendung finden sollen, mag ein bestimmter Zusammenhang zwischen dem Amt und der Höhe des dem Staat möglicherweise erwachsenden Schadens bestehen. Bei Schädigungen Dritter durch Beamte besteht diese Relation nicht. Nach dem Amtskautionengesetz zahlt z. B. der Landjäger mit Fr. 600.— die niedrigste Kautionssumme, währenddem gerade er durch sein Handeln (Schusswaffe) unter Umständen zu sehr hohen Schadenersatzleistungen verurteilt werden kann. Zur Frage, ob der Staat zuerst auf die Amtskaution greifen kann und, um gegenüber Dritten seiner Schadenersatzpflicht nachzukommen, nur noch einen der Amtskaution entsprechenden Betrag hinzufügen muss, nimmt das Obergericht des Kantons Uri in einem Entscheide vom 12. Juli 1922¹⁴ Stellung. Im Gegensatz zu Zug muss der Geschädigte hier nicht zuerst auf die Amtskaution greifen. Hingegen kann man der Auffassung des Gerichtes nicht zustimmen, wenn es sagt, Art. 17 KV habe nur interne Geltung.

Der Geltungsbereich der Staatshaftungsbestimmung ist klar und einfach: Staatshaftung ist nur dort möglich, wo Amtskautionen festgesetzt sind. Massgebend ist die Liste des Amtskautionengesetzes vom 21. Oktober 1889 mit Ergänzung vom 29. Mai 1913. Da weder die gesetzgebende Behörde noch die Regierungsräte und

¹⁴ Rechenschaftsbericht der Staatsverwaltung und Rechtspflege 1938/39, S. 148: «Sodann dürfte der Art. 17 der KV, der von der subsidiären Haftung des Staates spricht, in dem Sinne zu verstehen sein, dass der Staat bei Schadenverursachung durch den Funktionär zur Deckung sich zunächst an die Amtskautionen hält und darüber hinaus bis zur doppelten Höhe derselben haftet, dass aber der Staat passiv legitimiert bleibt und der Art. 17 bloss das interne Verhältnis zwischen Staat und Funktionär regelt.»

Richter dort aufgeführt sind, gilt für diese nur die persönliche Verantwortung nach Art. 41 ff. OR.

Wallis :

Soweit es sich um das Grundsätzliche des zur Diskussion stehenden Problems handelt, weicht die bereits erwähnte Verfassungsbestimmung vom Prinzip nicht ab⁴⁵. Die praktische Bedeutung der Staatshaftung hängt jedoch noch von Besonderheiten ab, die nicht aus der Verfassung, sondern nur aus der übrigen Gesetzgebung des Kantons ersichtlich sind.

Die Haftung der Beamten selbst bestimmt sich nach Art. 41 ff OR, so dass gegebenenfalls auch der Staat für leichtes Verschulden des Beamten einzustehen hat. Nicht nach dem OR, sondern nach kantonalen Bestimmungen wird die Verantwortlichkeit der richterlichen Beamten beurteilt. Da auch sie für jedes Verschulden haften⁴⁶, ergibt sich materiell keine Aenderung der Verantwortlichkeit im Vergleich zu den übrigen Beamten. Hingegen ist eine Berufung ans Bundesgericht ausgeschlossen, da allein kantonales Recht massgebend ist⁴⁷. Ebenso bestehen für die Regierungsräte besondere kantonale Bestimmungen. Währenddem Art. 54 KV so allgemein gehalten ist, dass von einer besonderen kantonalen Regelung im Sinne von OR Art. 61 nicht gesprochen werden kann, besteht andererseits noch das sehr alte Gesetz über die Verantwortlichkeit des Regierungsrates vom 21. Mai 1840⁴⁸. Aus dem Art. 15 ist zu entnehmen, dass der einzelne Regierungsrat schadenersatzpflichtig wird, wenn er einen Strafrechtstatbestand erfüllt, und wenn er in offensichtlicher Missachtung von Gesetzen und Dekreten handelt. In einem ebenfalls weitzurückliegenden Entscheide des Obergerichtes des Kantons Wallis wird dieser Art. 15 so ausgelegt, dass die Regierungsräte nur für grobes Verschulden haften⁴⁹. Auch die Frage, ob Kantonalbankbeamte kantonale Funktionäre seien, hat die Gerichte beschäftigt. Das Bundesgericht ist für den Kanton

⁴⁵ Siehe Seite 49 ff.

⁴⁶ Art. 300 ZPO.

⁴⁷ BGE 53 II 414; 54 II 364.

⁴⁸ Auch Gay S. 121 ist der Auffassung, dass dieses Gesetz auch heute noch Geltung besitzt.

⁴⁹ Trib. cant. 11. August 1887.

Wallis zu deren Bejahung gekommen, wenigstens soweit es sich um obere Beamte handelt ⁵⁰.

Alle hier genannten Beamtenkategorien werden durch Art. 21 der KV miterfasst, und der Staat kann daher bei allen in die Lage kommen, subsidiär haften zu müssen. Keine Beamte im Sinn der KV sind neuerdings die Notare. Der Art. 1 des Notariatsgesetzes vom 15. Mai 1942 stellt dies ausdrücklich fest. Damit entzieht sich der Staat bei ihnen jeglicher Haftung. Dies ist zu bedauern, denn es unterliegt keinem Zweifel, dass sie amtliche Funktionen ausüben und wenn sie zum Staat nicht in einem Anstellungsverhältnis stehen. Es waren denn auch nicht etwa juristische Erwägungen, die zu diesem Ergebnis führten; die entscheidende Rolle spielte die Sorge um die Staatskasse ⁵¹.

Zweifel bestehen darüber, ob auch den Gemeinden die subsidiäre Haftung für ihre Beamten auferlegt ist. Man kommt dabei nicht darum herum, den Art. 21 KV in seine einzelnen Abschnitte zu zerlegen. Währenddem Absatz 1 ganz allgemein von öffentlichen Behörden und Beamten spricht, ist in Absatz 2 nur von den vom Staate ernannten Beamten die Rede. Das kann nicht anders aufgefasst werden, als dass zwar alle öffentlichen Funktionäre grundsätzlich für ihre Amtsverrichtungen verantwortlich sind, dass aber der Staat die Ersatzpflicht für den nicht erhältlichen Betrag nur für seine, d. h. für die kantonalen Beamten übernimmt. Eine subsidiäre Haftung des Kantons für die Gemeindebeamten würde jeder Berechtigung entbehren, denn zwischen dem Kanton und den Gemeinden besteht keine direkte Beziehung. Es wäre höchstens eine subsidiäre Haftung des Staates für die Gemeinden denkbar, begründet mit der Aufsichtspflicht des Staates über dieselben. Darüber steht aber in der Verfassung nichts. So würde denn nur noch übrig bleiben, dass in analoger Anwendung von Art. 21, Abs. 2 die Gemeinden selbst ersatzpflichtig wären für den nicht von den Gemeindefunktionären erhältlichen Betrag. Die Zuhilfenahme der

⁵⁰ BGE 53 II 411.

⁵¹ Aus der Botschaft zum Notariatsgesetz: «Die Praxis des Kantonsgerichts schadet dem Staat schon jetzt finanziell beträchtlich und es ist zu befürchten, dass sie sich mit der Zeit noch schlimmer auswirke. Es ist somit notwendig, die Frage klar und endgültig zu regeln, indem mit aller Klarheit bestimmt wird, dass die Haftung der Notare nicht durch den Art. 21 KV, sondern lediglich durch das Notariatsgesetz geregelt wird.»

Analogie ist aber nach der herrschenden Auffassung nicht möglich; es gilt das Legalitätsprinzip⁵².

Zug :

Dieses Gesetz⁵³ zeichnet sich durch eine Ausführlichkeit aus, wie man sie sonst in dieser Materie selten trifft. Es stellt ein Ausführungsgesetz zu § 10 der Kantonsverfassung von 1894 dar. Uns interessiert lediglich der dritte Abschnitt des Gesetzes, der in den §§ 6—15 die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit behandelt⁵⁴. Nach den allgemeinen Betrachtungen, die wir zu den Hauptmerkmalen der ganzen Haftungsgruppe gemacht haben, und angesichts der Ausführlichkeit des Gesetzes muss hier nicht mehr viel ergänzt werden. Dritten gegenüber haftet der Beamte und damit auch der Staat nach den Bestimmungen des OR (§ 8 VG). Durch diesen Verweis wird das OR (im Gegensatz zum Kanton Wallis) zum kantonalen öffentlichen Recht. Als Ausnahmen zum OR sind die §§ 10 und 11 aufzufassen. § 10 legt die anteilmässige Haftung von Behördemitgliedern fest, und § 11 setzt die Verjährung auf ein Jahr fest, vom Moment an gerechnet, da der Geschädigte vom Schaden und der Person des Schädigers Kenntnis hat, höchstens aber auf 5 Jahre vom schädigenden Akt an gerechnet.

Der persönliche Geltungsbereich des Gesetzes ist sehr weit, da nicht nur diejenigen Personen miterfasst werden, die zum Staat in einem öffentlichen Anstellungsverhältnis stehen, sondern alle Personen, die staatliche Funktionen ausüben, also insbesondere auch die Behördemitglieder. § 15 unterwirft auch die Gemeinden für ihre Beamten der subsidiären Haftung.

⁵² Anderer Meinung: Gay S. 151. Abweichend vom Legalitätsprinzip hat auch das Bundesgericht in einem nicht veröffentlichten Urteil im Jahre 1929 eine Walliser Gemeinde zu Schadenersatz verpflichtet und zwar nicht subsidiär, sondern primär (Zentralbl. 30, 514).

⁵³ Gesetz über die Verantwortlichkeit der öffentlichen Behörden und Beamten und deren Abberufung vom 29. Dezember 1931.

⁵⁴ § 8. Beamten haften Dritten gegenüber gemäss Obligationenrecht, jedoch unter Vorbehalt der §§ 10 und 11 dieses Gesetzes, persönlich für den Schaden, den sie ihnen durch widerrechtliche Ausübung oder Unterlassung amtlicher Obliegenheiten zufügen.

§ 9. Sollten der Beamte, dessen Erben, Amtsbürgen oder die Amtskaution die durch Vergleich oder Urteil festgesetzte Entschädigung nicht zu decken vermögen, so haftet der Staat dem Dritten gegenüber für den ungedeckten Betrag.

b) Die direkte, akzessorische Staatshaftung

aa) Das Wesen

Bei Berücksichtigung der Abstufung, die sich von der alleinigen, persönlichen Verantwortlichkeit der Beamten bis zur Verwirklichung der reinen Staatshaftung ergibt, rechtfertigt es sich, dieses System als nächstes ins Auge zu fassen. Nur zu leicht könnte man zur Auffassung kommen, dass die Kantone, die wir hier zusammenfassen, das Prinzip der originären Staatshaftung gewählt haben und dass ein wesentlicher Unterschied zu jener Gruppe, deren Haftung wir als originär bezeichnen, nicht besteht⁵⁵. Bei näherer Untersuchung erkennt man jedoch bald, dass es die Abhängigkeit der Staatshaftung von derjenigen des Beamten ist, die diese Gruppe charakterisiert, und dass die Ersatzpflicht des Staates nicht eine eigene, ursprüngliche, sondern eine abgeleitete ist. Der Staat erscheint in ihr nur als Träger der Ersatzpflicht des Beamten⁵⁶. Die Haftungsbestimmungen des Beamtengesetzes des Kantons Glarus von 1946 mögen für die folgenden Ausführungen als Grundlage dienen:

§ 32: Beamte, Angestellte und Arbeiter haften für Schaden, den sie in absichtlicher oder fahrlässiger Verletzung der Dienstpflichten verursachen.

§ 33: Geschädigte können ihren Anspruch auf Schadenersatz, für welchen die Beamten, Angestellten und Arbeiter haften, gegen den Fehlbaren oder gegen den Staat richten und zwar auch dann, wenn die Haftbarkeit des Fehlbaren durch Bundesgesetz geregelt ist.

Sofern der Staat von einem Geschädigten für erlittenen Schaden im Sinne von § 32 in Anspruch genommen wird, steht ihm das Rückgriffsrecht auf den Fehlbaren zu.

Der Regierungsrat bzw. das Obergericht entscheiden, in welchem Umfange das Rückgriffsrecht geltend gemacht wird.

⁵⁵ Reichlin, S. 21, bezeichnet auch diese Haftung als primär, doch anerkennt er, dass sie zu derjenigen des Beamten im Verhältnis der Akzessorietät steht. Frey, S. 145, jedoch übersieht diese wesentliche Differenzierung und fasst alle Gesetze, die eine direkte Belangung gestatten, in eine einzige Gruppe zusammen.

⁵⁶ Renold S. 356, ferner aus BGE 54 II 208: «En droit bernois la responsabilité de l'Etat pour les actes de ses agents ne réside pas dans une faute propre de l'administration (culpa in eligendo, instruendo, custodiendo, mauvaise organisation des services etc.). L'Etat de Berne répond des omissions ou négligences de ses fonctionnaires pour les mêmes causes et dans la même mesure que ces derniers. L'action civile est par conséquent identique qu'elle soit dirigée contre l'Etat ou contre les individus coupables la personne publique prenant simplement la place de ses organes, dont elle endosse la responsabilité.»

In § 32 handelt es sich also um die Festlegung der Beamtenverantwortlichkeit selbst, und zwar ohne dass erwähnt wird, wem gegenüber diese Haftung besteht, dem Staat oder einem Dritten gegenüber. Dann wird in § 33 dem Geschädigten die Möglichkeit gegeben, sich für die Geltendmachung seines Anspruchs entweder an den Beamten oder direkt an den Staat zu wenden. Für den letzteren Fall steht dem Staat das Rückgriffsrecht auf den Beamten zu.

Zusammenfassend heisst das: Der Beamte ist verantwortlich. Der Geschädigte hat die Wahl, sich an diesen oder aber an den Staat zu wenden. Wiederum drängt sich der Vergleich mit der Bürgschaft auf. Es lässt sich unschwer erkennen, dass es sich hier um eine der Solidaritätsbürgschaft verwandte Haftungsart handelt⁵⁷. Hauptschuldner ist der Beamte, Solidarbürge der Staat, Gläubiger der Geschädigte. Entscheidend ist, dass die Akzessorietät gewahrt bleibt: ohne Schadenersatzpflicht des Beamten auch keine solche des Staates. Die Subsidiarität fällt aber weg, d. h. die Vorklage gegen den Beamten wird überflüssig. So können wir denn auch hier nur dann ein richtiges Bild von der Staatshaftung bekommen, wenn wir im betreffenden Gesetz die Beamtenverantwortlichkeit, also insbesondere die Haftungsvoraussetzungen untersuchen.

bb) Rückgriff und Verjährung

Da der Staat auch hier nur die Ersatzpflicht des Beamten dem Dritten gegenüber übernimmt und nicht etwa für sein eigenes Verhalten haften will, ist die in allen Gesetzen vorhandene Rückgriffsbestimmung nichts aussergewöhnliches. Im Gegensatz zu den Gesetzen von Glarus, Basel Stadt und Basel Land dokumentiert Bern dies in besonders eindrücklicher Weise: § 52 des bernischen VG verpflichtet den Regierungsrat, das Rückgriffsrecht gegen den fehlbaren Beamten auszuüben. Durch diese Rückgriffspflicht wird unterstrichen, dass der Staat die Schadenersatzpflicht nur nach aussen übernimmt und dass diese Uebernahme nur eine vorübergehende ist, d. h. dass zuletzt doch wieder der Beamte seinen Schadenersatz geleistet haben wird. Bern ist in dieser Beziehung

⁵⁷ Im neuen Bürgschaftsrecht hat der Gläubiger nun allerdings nicht mehr die freie Wahl, an wen er sich wenden will. Er kann nur dann den Bürgen belangen, wenn der Schuldner mit den Zahlungen im Rückstand ist (Art. 495 OR).

am systemtreuesten; doch geht dieses konsequente Festhalten an der persönlichen Schadenersatzpflicht doch teilweise auf unbillige Art auf Kosten des Beamten, insbesondere dann, wenn letzterer auch für leichtes Verschulden haftet. Die andern drei Kantone sind dem Beamten günstiger gesinnt; sie sprechen nur von einem Rückgriffsrecht des Staates⁵⁸. Im Endresultat kann es in diesen Kantonen daher vorkommen, dass der Staat mehr leistet als der fehlbare Beamte. Dies bedeutet aber keineswegs ein Auseinanderfallen der Schadenersatzpflicht des Staates und derjenigen des Beamten. Dem Staate bleibt das Recht, sich gegenüber dem Beamten in vollem Umfange schadlos zu halten. Wenn er auf dieses Recht verzichtet, so ändert sich deshalb an der rechtlichen Natur der Haftungsart nichts.

Die Verjährung interessiert uns im allgemeinen wenig, denn die Art ihrer Regelung steht selten im Zusammenhang mit dem Haftungstypus des Gesetzes. Ähnlich wie bei der eben besprochenen Rückgriffsbestimmung und in Verbindung mit derselben zeigt das Berner Gesetz aber auch bei der Regelung der Verjährung, dass es am systemgerechtesten ist. VG § 54 Abschnitt 1 regelt die Verjährung des Anspruches des Staates gegen den Beamten. Nach Festsetzung der Fristen wird im letzten Absatz bestimmt, dass der Staat gegen Dritte nur solange haftet, als sein eigenes Rückgriffsrecht gegen die Beamten noch nicht verjährt ist⁵⁹. Auch hier wird also wieder betont, dass die Leistung des Staates unter keinen Umständen weiterbestehen soll, wenn der Staat die Möglichkeit nicht mehr hat, auf den Beamten zurückzugreifen.

cc) Verfahren

Im Verfahren unterscheidet sich diese Gruppe am stärksten und auch am vorteilhaftesten von derjenigen mit subsidiärer Staatshaftung. Für den Prozess heisst es nun nicht mehr: Zuerst gegen den Beamten klagen und dann gegen den Staat, sondern gegen den Beamten oder gegen den Staat kann geklagt werden. Und zwar steht es dem Geschädigten völlig frei, an wen von den beiden er

⁵⁸ Ueber die Ausübung dieses Rechtes und den Umfang des Rückgriffes entscheidet in Basel und Glarus der Regierungsrat.

GL Beamten-gesetz § 32/2; BS Beamten-gesetz § 39; BL VG § 19.

⁵⁹ § 54, Abs. 2: «Gegen Dritte haftet jedoch der Staat für fehlbare Behörden oder Beamte nur solange, als er selbst auf diese zurückgreifen kann.»

sich halten will⁶⁰. Er muss somit nicht mehr zwei Prozesse führen. Zwar kann man sich fragen, wie die Verhältnisse liegen, wenn es der Geschädigte vorzieht, gegen den Beamten zu klagen und es sich in der Folge herausstellt, dass dieser insolvent ist. Nimmt in diesem Falle unser System die Formen desjenigen mit subsidiärer Staatshaftung an? D. h. kann sich der Geschädigte nun doch noch an den Staat halten? Es wäre möglich, ihm auch diesen Weg offen zu lassen. Wenn aber das Gesetz zu dieser Frage schweigt, so ist doch eher anzunehmen, dass nur die eine oder die andere Klage zur Verfügung steht⁶¹. Der Geschädigte hat sich zu entscheiden. Es ist ihm in erster Linie wichtig, den ganzen Schaden gedeckt zu erhalten, so wendet er sich gegen den Staat. Ist es ihm aber mehr um die Verurteilung eines einzelnen Beamten zu tun, um auf diese Weise Satisfaktion zu erlangen, dann soll er das Risiko der möglichen Zahlungsunfähigkeit des Beamten auf sich nehmen⁶².

Wird gegen den Beamten vorgegangen, dann gelten die Grundsätze der persönlichen Beamtenhaftung. Die Klage muss sich ohnehin auf das Verhalten eines bestimmten Beamten beziehen. Es ist Sache des Klägers, die Person des Schädigers ausfindig zu machen, und es ist nicht etwa so, dass dann, wenn diese Bestimmung nicht gelingt, der Staat trotzdem haftet. Im Verfahren gegen den Staat ist die Stellung des Geschädigten in bezug auf die ihm obliegende Beweislast erheblich besser. Er hat zwar nicht nur die Widerrechtlichkeit des schädigenden Aktes, sondern ebenso schuldhaftes Handeln zu beweisen. Es handelt sich aber in noch stärkerem Masse als sonst um einen objektivierten Verschuldensbegriff, denn eine persönliche Bestimmung des Beamten durch den Kläger fällt weg. Es genügt, wenn der Geschädigte dazutun vermag, dass die Handlung objektiv als schuldhaft zugefügt betrachtet werden muss, d. h. dass die einem Beamten (irgend einem Beamten des in Frage stehenden Amtszweiges) zumutbare Sorgfalt ausser Acht gelassen wurde. Es ist dann Sache des Staates, innerhalb des Verwaltungsapparates den fehlbaren Beamten ausfindig zu machen.

⁶⁰ Im Gegensatz etwa zu den Systemen, wo zwar auch der Staat oder der Beamte haftet, wo es aber von anderen rechtserheblichen Tatsachen abhängt, wen die Ersatzpflicht trifft (z. B. FB: nach verweigerter Ermächtigung haftet der Staat).

⁶¹ Gleicher Meinung: Frey S. 156.

⁶² Beide Möglichkeiten lässt dem Geschädigten das Gemeindegesetz von Bern offen (vgl. S. 66).

Die Bestimmung des Beamten muss aber erfolgen. Es ist nicht etwa so, dass dann, wenn sie nicht möglich ist, der Staat trotzdem haftet. Das würde einer Verkennung des Haftungssystems gleichkommen. Hier liegt gerade ein wesentlicher Unterschied zum System der unabhängigen, ursprünglichen Staatshaftung. Bei letzterer könnte der Staat seine Haftung nicht mit der Begründung ablehnen, dass es ihm an der Möglichkeit fehle, den schuldigen Beamten ausfindig zu machen⁶³.

dd) Geschichtliche Entwicklung

Die Zusammengehörigkeit der subsidiären mit der hier behandelten direkten, aber ebenfalls akzessorischen Staatshaftung zeigt sich auch wieder, wenn die Entstehungszeiten der einzelnen Gesetze miteinander verglichen werden⁶⁴. Wenn auch die Staatshaftung in dieser Gruppe bereits in einer unmittelbaren Art verwirklicht ist, so ist es nicht etwa so, dass die entsprechenden Gesetze jüngerer Datums wären. Die Verwandtschaft beider Gruppen wird im Gegenteil in der Entstehungsgeschichte besonders deutlich sichtbar.

Am weitesten liegt die Regelung von Bern zurück. Die bernische KV von 1846 hat als erste eine direkte Belangbarkeit des Staates eingeführt. Ihr Art. 17 wurde dann unverändert in die Verfassung von 1893 aufgenommen. Er bildet die Grundlage des auch heute noch geltenden VG von 1851. Bern hat somit auf diesem Gebiete Pionierarbeit geleistet. Als nächster Kanton hat sich Baselland diesem Vorbild angeschlossen. Ein Verantwortlichkeitsgesetz existierte zwar schon aus der Zeit der 50er Jahre (1851). Von einer Staatshaftung in irgend einer Form ist aber darin noch nicht die Rede. 1887 wurde die neue Verfassung beraten, und damit kam auch auf diesem Gebiete der Stein wieder ins Rollen. Zuerst sah es allerdings nicht darnach aus, als ob die diesbezüglichen Verhältnisse geändert würden, denn in einem ersten Entwurf war lediglich die persönliche Verantwortlichkeit der Beamten festgelegt. Im Verfassungsrat wurde dann aber der Vorschlag gemacht, man solle den Staat wenigstens subsidiär haften lassen; wenig später

⁶³ Schelhorn S. 34.

⁶⁴ Subsidiäre: SO 1851, UR 1888, VS 1907, ZG 1931;
Direkte: BE 1846, BL 1887, BS 1889, GL 1946.

drang dann sogar ein Vorschlag auf direkte Staatshaftung durch⁶⁵. Dieser Verfassungsentwurf fand jedoch beim Volk keine Gnade, und auch ein zweiter Versuch, eine neue Verfassung durchzubringen, scheiterte. Doch scheint es nicht die Staatshaftung gewesen zu sein, die diese Vorschläge zu Fall brachte, denn in der schliesslich 1892 angenommenen Verfassung finden wir sie unverändert wieder vor. Baselstadt hat sich durch den Entwurf von Baselland beeinflussen lassen; dies geht aus einem in der Verfassungskommission gehaltenen Votum hervor, in dem auf die im Verfassungsentwurf von Baselland enthaltene Lösung aufmerksam gemacht wird⁶⁶. Realisiert wurde in Basel-Stadt die Staatshaftung aber noch etwas vor Baselland, nämlich 1889. Das Beamten-gesetz von 1909 schuf die Ausführungsbestimmungen dazu. Heute ist die ganze Materie im Beamten-gesetz von 1926 geregelt.

Schlecht passt nur der Kanton Glarus in diese Entwicklungsreihe. Dieser Kanton hatte bis vor kurzem weder die Beamtenverantwortlichkeit noch die Staatshaftung gesetzlich geregelt. Als 1946 ein neues Beamten-gesetz geschaffen wurde, wäre zu erwarten gewesen, dass in ihm die Staatshaftung in der modernen Form der direkten, unabhängigen Staatshaftung verwirklicht worden wäre. Es hätte an guten Vorbildern nicht gefehlt. Statt dessen griff man zu einem System, das in Bern vor schon 100 Jahren eingeführt worden war.

ee) Besonderheiten der kantonalen Gesetze

Kanton Bern:

Art. 17 der Verfassung von 1846⁶⁷ legt fest, nach welchem Prinzip die Beamten und der Staat für widerrechtlich zugefügten Schaden belangt werden können. Verbunden mit den Bestimmungen

⁶⁵ Protokoll der Subkommission III, 17. September 1887.

⁶⁶ Protokoll über die Verhandlungen der Verfassungskommission vom 27. April 1888, S. 21.

⁶⁷ Art. 17 KV (= Art. 15 KV 93): «Jede Behörde, jeder Beamte und Angestellter ist für seine Amtsverrichtungen verantwortlich. Zivilansprüche, welche aus der Verantwortlichkeit fliessen, können unmittelbar gegen den Staat vor den Gerichten geltend gemacht werden. Das Gericht darf jedoch die Klage gegen den Staat nicht annehmen, bis der Kläger nachgewiesen, dass er sich diesfalls wenigstens dreissig Tage zuvor erfolglos an die oberste Vollziehungsbehörde gewendet hat. Dem Staate bleibt der Rückgriff gegen den Fehlbaren vorbehalten. — Dem Gesetz steht die weitere Ausführung dieser Grundsätze zu.»

über die unerlaubte Handlung (Art. 41 ff OR) wäre dadurch die Schadenersatzpflicht des Staates wie auch die der Beamten eindeutig festgelegt gewesen. 1851 wurde aber das Verantwortlichkeitsgesetz erlassen, und dadurch erfuhr das ganze Gebiet eine derartige Komplizierung, dass heute nur noch mit Mühe herausgefunden werden kann, was der Gesetzgeber damals wollte. Das VG regelt, wie die meisten derartigen Erlasse, neben der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit zugleich noch die strafrechtliche und die disziplinarische. Trotzdem ist es erstaunlich und bezeichnend zugleich, dass nicht weniger als 60 Paragraphen notwendig waren, um den in der Verfassung aufgestellte Grundsatz zu verwirklichen. Damit macht Bern allerdings keine Ausnahme. Das VG des Bundes, das teilweise als Vorbild diente, sowie die übrigen um 1850 herum entstandenen kantonalen VG sind darin nicht besser.

Ueber den Charakter des Verfassungsartikels und über die übrigen für das System besonders typischen Bestimmungen wurden die wichtigsten Ausführungen bereits oben gemacht. Hier bleiben wiederum die besondern, mit dem Haftungssystem als solchem aber nicht in Zusammenhang stehenden oder diesem sogar widersprechenden Bestimmungen zu erörtern.

Der Geltungsbereich des Gesetzes bleibt auf die kantonalen Behörden und Beamten beschränkt. Weder die Verfassungsbestimmung noch das VG lassen irgendwie erkennen, dass auch die Gemeinden mit ihren Beamten mit umfasst werden sollen⁶⁸. Die Haftung der Gemeindebeamten und der Gemeinden ist im Gemeindegesetz vom 9. Dezember 1917 festgelegt⁶⁹. Auch darin wird zunächst die persönliche Verantwortlichkeit der Beamten statuiert. Die Haftung des Gemeinwesens erscheint aber als ein doppelte. Es handelt sich um eine Kombination des hier besprochenen Haftungssystems mit demjenigen mit subsidiärer Haftung des Gemeinwesens. Der Geschädigte kann sich auch wie bei den kantonalen Beamten entweder an den Fehlbaren oder an die Gemeinde wen-

⁶⁸ Das bernische VG von 1851 ist nur auf Haftungsfälle von Staatsbeamten anwendbar. 1. Zivilkammer Bern 23. April 1925.

⁶⁹ Art. 39 Gemeindegesetz, Absatz 3:

«Wird der Schaden für den die Mitglieder einer Gemeindebehörde oder ein Gemeindebeamter verantwortlich sind, nicht gedeckt, so haftet für den Ausfall die Gemeinde. Die Schadenersatzklage kann auch gegen die Gemeinde selbst geltend gemacht werden. Dieser steht das Rückgriffsrecht auf den Fehlbaren zu.»

den. Im Gegensatz zu der Regelung der Verfassung und des VG kann die Klage aber auch dann noch gegen die Gemeinde gerichtet werden, wenn der Prozess zuerst gegen den Beamten ging und es sich dann herausstellt, dass dieser zahlungsunfähig ist. Auf diese Weise werden die Nachteile, die sich bei der subsidiären Staatshaftung zeigen, ausgeschaltet, indem der Geschädigte sich direkt an das Gemeinwesen halten kann, wenn er sicher sein will, dass er nicht zwei Prozesse führen muss. Geht es ihm darum, den Beamten selbst einzuklagen, so kann er dies tun, ohne dass er Gefahr läuft, leer auszugehen. Wieder einmal bestätigt sich hier die Tendenz der Kantone, die Gemeinden strenger haften zu lassen als dies für den Kanton selbst der Fall ist. Ähnlich wie beim Bund, der die Kantone für ihre Funktionäre in bestimmten Fällen strenger haften lässt, als seine eigene Ersatzpflicht für die Bundesbeamten reicht, bestätigt sich diese Tendenz auch dort, wo der Kanton die Haftung gegenüber seinen Gemeinden festlegt.

In einem Spezialfall wendet allerdings auch das VG dieses System an, nämlich für die Behörden. Für sie besteht gemäss § 4 VG die subsidiäre Haftpflicht des Staates. Doch lässt nichts darauf schliessen, dass dadurch die direkte Belangbarkeit des Staates, wie sie die Verfassung festlegt und wie sie das VG in § 51 wiederholt, ausgeschlossen wird. Es kann kein Zweifel bestehen, dass somit für die kantonalen Behörden beide Haftungssysteme nebeneinander bestehen. Dass für die Behörden noch eine andere Haftungsart eingeführt wurde, lässt sich aus der Verwandtschaft des bernischen VG zum EVG (insb. § 3) erklären.

Der Beamtenbegriff ist im weitesten Sinne zu verstehen⁷⁰. Dass bereits die Verfassung von 1846 die Trennung von Behörden, Beamten und Angestellten macht und alle drei Kategorien bezüglich der Beamtenverantwortlichkeit und Staatshaftung gleich behandelt, ist bemerkenswert.

Der Widerrechtlichkeitsbegriff ist in § 2 VG umschrieben. Die Verantwortlichkeit wird begründet durch die Verletzung von Verfassung, Gesetz, Verordnung, Reglement und Instruktionen. Dies

⁷⁰ Als Beispiel dafür mag angeführt sein, dass selbst die Kaminfeger Beamte sind: «Sie sind als Organe der Feuerpolizei zu betrachten» (BGE 38 I 52), ebenso die Geometer (SJZ 19/169).

ist eine weitere Bestätigung dafür, dass im schweizerischen Recht die Haftung gegenüber Dritten nicht davon abhängig gemacht wird, ob eine Amtspflicht dem Dritten gegenüber bestanden hat (siehe Seite 34).

Hingegen hat das VG dort Halt zu machen, wo der Bund für kantonale Beamte eine noch weitergehende Haftung des Staates vorgesehen hat, wie dies nach Art. 849 und 955 der Fall ist. Auch darf die Erschwerung des Verfahrens, wie sie die Vorentscheidung bedeutet, auf die unten noch zurückzukommen sein wird, hier nicht angewendet werden, also auch nicht dort, wo der Bund bloss die subsidiäre Haftung des Staates vorgesehen hat. (Art. 42 ZGB, Art. 6 SchKG). Trotzdem schliessen diese bundesrechtlichen Bestimmungen die Anwendung des VG nicht aus. Es steht deshalb nichts im Wege, auch in den Fällen den Staat direkt zu belangen, wo dies vom Bund nicht vorgesehen ist. Art. 17 EG zum SchKG erwähnt dies ausdrücklich.

Trotz seiner Ausführlichkeit gibt auch das VG nicht über alle Fragen Auskunft. So ist nicht ersichtlich, ob für jedes oder nur für grobes Verschulden gehaftet wird. Als Voraussetzungen für die Entstehung der Schadenersatzpflicht sind nur die Amtspflichtverletzung und der aus ihr entstandene Schaden genannt (§ 48). Wenn auch im Ausdruck «Amtspflichtverletzung» neben der Widerrechtlichkeit auch das Verschuldensmoment mitenthalten ist⁷¹, so ist damit über den Grad des Verschuldens noch nichts gesagt. VG § 50 sagt jedoch: «Die Verantwortlichkeit der Behörden, Beamten und Angestellten für Schaden, welchen sie durch Verletzung ihrer Amtspflichten verursachen, wird in jeder Beziehung durch das Zivilgesetzbuch bestimmt». Dieser Verweis auf das alte bernische Zivilrecht kommt nach der Vereinheitlichung des schweizerischen Privatrechts einem Verweis auf das OR gleich⁷². Die Beamten haften somit für jedes, auch für das leichte Verschulden. Das gleiche Verschuldensmass gilt nach ZPO Art. 15 auch für die Richter. Die Stellung des Geschädigten wird dadurch verbessert, währenddem der Beamte selbst ausserordentlich hart betroffen wird, da ja der Staat nicht nur ein Rückgriffsrecht, sondern eine Rückgriffspflicht gegen ihn hat (§ 52).

⁷¹ Roos S. 388.

⁷² Roos S. 395.

Verfahren

Wenn eingangs erwähnt wurde, die Verfassung Berns von 1846 sei bezüglich der Regelung der Staatshaftung für die damalige Zeit ein Vorbild, so muss nun beigelegt werden, dass durch die im VG enthaltenen Verfahrensbestimmungen viel von dem wieder genommen wird, was die Verfassung gegeben hat. Zwar enthält schon die Verfassung Verfahrensbestimmungen. Prozessvoraussetzung ist, dass die Gerichte die Klage gegen den Staat erst annehmen dürfen, wenn sich der Kläger mindestens 30 Tage zuvor erfolglos an die oberste Vollziehungsbehörde, also an den Regierungsrat gewendet hat. Dadurch wird einer ungebührlichen Belastung der Gerichte vorgebeugt und einer gütlichen Regelung des Streitfalles der Weg geebnet. Auch die Zuständigkeit «der Gerichte» ist bereits durch die Verfassung vorgeschrieben. Damit können nur die Zivilgerichte oder, wenn der Anspruch aus einer strafbaren Handlung abgeleitet wird, die Strafgerichte gemeint sein. § 51 des VG, der ja sonst eine wörtliche Wiederholung der grundlegenden Verfassungsbestimmung ist, lässt die Worte «vor den Gerichten» weg, und es zeigt sich denn auch, dass die Zuständigkeit der Gerichte erheblich eingeschränkt wird⁷³. Gerade die so wichtigen Haftungsvoraussetzungen wie die der Widerrechtlichkeit und des Verschuldens werden der Beurteilung durch die Gerichte entzogen. Diese Fragen müssen in endgültiger Weise von der dem Beamten vorgesetzten Behörde entschieden werden⁷⁴. Der vorgängigen Entscheidung durch die Administrativbehörde kann nicht dadurch aus dem Wege gegangen werden, dass man den Prozess direkt beim Bundesgericht als einziger Instanz hängig macht. Nach Auffassung des Bundesgerichts ist diese Vorentscheidung eine materiellrechtliche Bestim-

⁷³ § 48: «Bei nicht strafbaren Widerhandlungen gegen die Amtspflichten fällt sowohl die Erörterung der Frage, ob ein Schaden vorliege, als diejenige der Grösse desselben ausschliesslich den Gerichten anheim. Die Erörterung über die Existenz der Verletzung der Amtspflichten hingegen ist bei nicht strafbaren Pflichtverletzungen einzig Sache der kompetenten Administrativbehörden und die Zivilklage erst zulässig auf ein vorausgegangenes Erkenntnis, dass eine Verletzung der Amtspflichten vorliege.»

⁷⁴ Il (l'Art. 48) réserve à l'autorité administrative le droit de prononcer d'une manière définitive sur l'existence de l'infraction, et ne laisse au juge que le soin de s'assurer sur l'existence et le montant du préjudice. L'administration rend donc un véritable jugement définitif, qui lie le juge civil. (BGE 54 II 209).

mung des kantonalen Rechts, an die das Bundesgericht gebunden ist ⁷⁵.

Da jedoch das Gesetz wiederholt ⁷⁶, dass im Falle der direkten Belangbarkeit des Staates der Fall dem Regierungsrat zur Prüfung vorgelegt werden muss, stellt sich die Frage, ob auch dann noch die Vorentscheidung der kompetenten Administrativbehörde als weitere Prozessvoraussetzung hinzukommt. Das Gesetz gibt hierauf keine Antwort. Würde in diesem Falle das oben dargestellte Verfahren wegfallen, so hätte die Vorentscheidung viel von ihrer Härte verloren. Der Geschädigte könnte ihr dann ausweichen, indem er die Klage gegen den Staat richtet. Die Frage war in der Praxis lange Zeit umstritten. Einige ältere Entscheide besagen, man könne auf die Vorentscheidung verzichten, wenn die Klage gegen den Staat gerichtet sei ⁷⁷. Der letzte Entscheid des Bundesgerichts, der sich dazu auszusprechen hatte, betrachtet die Frage nun für endgültig entschieden, und zwar in dem Sinne, dass die Vorentscheidung unter allen Umständen vorliegen muss, gleichgültig ob die Klage gegen den Beamten oder gegen den Staat gerichtet ist. Die Argumente sind folgende: Das Bundesgericht macht geltend, dass die Vorentscheidung in erster Linie die Aufgabe habe, die Trennung der Gewalten zu gewährleisten. Sie sei deshalb gleichermassen unentbehrlich, wenn der Staat Beklagter sei wie wenn es sich um eine Klage gegen den Beamten handle. Dazu ist zu sagen, dass eine historische Interpretation hier wenig angebracht ist, denn die Anschauungen über die Notwendigkeit einer konsequenten Durchführung des Gewaltentrennungsprinzipes haben sich gewandelt ⁷⁸ und das Ergebnis einer solchen Argumentation steht mit der heutigen Rechtsauffassung in Widerspruch. Es ist im Gegenteil ein Postulat des Rechtsstaates, dass die Verwaltungstätigkeit einer gerichtlichen Kontrolle unterworfen werden soll ⁷⁹. Schon die Vorentscheidung bei der persönlichen Belangung des Beamten beruht nicht auf richterlicher Unabhängigkeit. Noch viel weniger ist dies aber der Fall, wenn die Klage gegen den Staat geht. Denn die Verwaltung

⁷⁵ BGE 54 II 207; ZBJV 41, S. 535.

⁷⁶ VG § 51.

⁷⁷ Appell.-Hof des Kt. Bern in Sachen Blum c. Kt. Bern ZBJV, 13, S. 325; BGE 3, 813; 7, 144; 32 II 183.

⁷⁸ Ruck, Staatsrecht S. 285.

⁷⁹ Fleiner S. 248.

trägt selbst die Verantwortung für einen geordneten und sparsamen Betrieb, und sie hat deshalb alles Interesse daran, dass Schadenersatzforderungen gegen den Staat abgewiesen werden. Ihrem Entscheid kommt deshalb die Bedeutung eines *iudicium in re sua* zu.

Wir haben noch längst nicht alles über das teilweise recht komplizierte Verfahren gesagt: es erübrigt sich aber, hier noch näher darauf einzutreten, da sich bezüglich der Staatshaftung keine neuen Gesichtspunkte ergeben. Eine Revision des VG ist im Kanton Bern seit längerer Zeit vorgesehen, und sie dürfte in naher Zukunft stattfinden⁸⁰.

Baselland⁸¹:

Wenn man von der Vorentscheidung absieht, so kann man feststellen, dass die Verhältnisse im Kanton Baselland sehr ähnlich liegen wie im Kanton Bern. Nicht nur die grundlegende Verfassungsbestimmung, die die direkte Staatshaftung vorsieht, entspricht weitgehend derjenigen von Bern, sondern auch das VG selbst stimmt teilweise sogar wörtlich mit dem Berner VG überein. Der Grund für die Ähnlichkeit der beiden Gesetze erklärt sich aus ihrem gemeinsamen Vorbild, dem EVG. Ein wesentlicher Unterschied besteht aber darin, dass das VG von Baselland älter ist als die Verfassungsbestimmung, die erst die Staatshaftung einführte. Dies rechtfertigt die Frage, ob das VG von 1851 überhaupt noch geltendes Recht ist und ob nicht der in der Verfassung enthaltene Satz: «Das Nähere regelt das VG» als Auftrag an den Gesetzgeber aufzufassen ist, ein neues derartiges Gesetz zu schaffen. Dass letzteres gewollt war, ist zwar wahrscheinlich, hingegen wurde das VG damit nicht ausser Kraft gesetzt⁸². In ihm sind neben Bestimmungen über die disziplinarische Verantwortlichkeit und das Verfahren vor allem die Haftung der Beamten gegenüber Dritten festgelegt; es wird in ihm die persönliche und alleinige Schadenersatzpflicht

⁸⁰ Der Sekretär der bernischen Justiz- und Polizeidirektion hat in seiner Abhandlung in der ZBJV (Bd. 72 S. 322) eingehend auf die Notwendigkeit einer Neuordnung hingewiesen.

⁸¹ § 29 KV 1. April 1892: Die Behörden, Beamten und Angestellten des Staates sind für ihre Amtsführung verantwortlich. Aus dieser Verantwortlichkeit herührende Zivilansprüche können unmittelbar gegen den Staat geltend gemacht werden. Dessen bleibt der Rückgriff gegen die Fehlbaren und deren Amtsbürgen vorbehalten.

⁸² Entscheid des Obergerichtes vom 7. Mai 1918.

der Beamten statuiert. Doch enthält es nichts, was der neuen Verfassung widerspricht, und da es gerade das Charakteristikum der hier behandelten Gruppe ist, dass die persönliche Verantwortlichkeit der Beamten unangetastet bleibt, ist § 29 der KV als Ergänzung des VG aufzufassen.

Auch hier ist der Geltungsbereich nicht klar umschrieben. KV § 29 erwähnt nur die Beamten des Staates; dass auch die direkte Belangbarkeit der Gemeinden für ihre Beamten möglich ist, ergibt sich aus ihm nicht. Aus § 28 und § 29 des VG geht aber hervor, dass das VG selbst sowohl für die Funktionäre des Kantons wie auch für die der Gemeinden massgebend ist. Daraus lässt sich aber die Haftung der Gemeinden noch nicht ableiten. Die sehr spärliche Judikatur zeigt aber, dass diese trotzdem direkt belangt werden können⁸³. Dies kommt einer Ausserachtlassung des Legalitätsprinzipes gleich, doch ist hier die Haftungspflicht der Gemeinden zu Gewohnheitsrecht geworden. Auch sonst ist der Geltungsbereich des Gesetzes gross; es sind ihm alle Personen unterstellt, die staatliche Hoheitsmacht zur Geltung bringen (§ 1 VG).

Wie bei Bern ist das Verschulden nicht näher umschrieben, und es müssen die Bestimmungen des OR herangezogen werden, d. h. die Beamten haften für jedes Verschulden.

Nach der Verfassung wird dem Staate ein Rückgriffsrecht zuerkannt. Daneben besteht aber noch § 28 des VG, der es dem Gemeinwesen «im Interesse des Staates» zur Pflicht macht, auf Schadenersatz zu klagen, wenn der Staat infolge einer Amtspflichtverletzung zu Schaden gekommen ist. Damit wird aus dem Rückgriffsrecht ebenfalls eine Rückgriffspflicht, und der Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit des Beamten ist somit auch hier gewahrt. Hingegen kann der Staat nach § 29 VG gegen den Beamten nicht mehr vorgehen, wenn dieser bei seiner vorgesetzten Behörde bereits Bericht erstattet oder Rechnung abgelegt hat und dieser Bericht oder die Rechnungsablegung genehmigt wurden. Durch eine solche Genehmigung wird der Beamte entlastet; doch kann es sich dann leicht ergeben, dass die Verantwortung und damit die Schadenersatzpflicht auf die genehmigende Behörde übergeht.

⁸³ Urteil des Obergerichtes vom 7. Mai 1918 (Amtsbericht des Obergerichtes 1918, S. 27 in Sachen Furrer contra Bürgergemeinde Ziefen).

Für das Verfahren gelten die zivilprozessualen Vorschriften, und zuständig sind die Zivilgerichte (§ 4 VG), sofern sich der Prozess nicht vor dem Strafrichter abspielt, wo auch vermögensrechtliche Ansprüche geltend gemacht werden müssen. Besondere Verfahrensregeln sind zu beobachten, wenn die Klage gegen das Obergericht geht. § 31 legt für diesen Fall fest, dass eine besondere Kommission der Legislativbehörde die Begründetheit der Klage zu untersuchen hat⁸⁴ und dass alsdann ein Obergericht aus den Mitgliedern der Legislative zu wählen ist. Ob dieses Verfahren auch gilt, wenn statt gegen das Obergericht direkt gegen den Staat geklagt wird, ist aus dem VG nicht ersichtlich, da dieses ja älter ist als die Verfassung. Immerhin wird auch dann die Bestellung eines ausserordentlichen Obergerichtes nicht vermieden werden können, da über dem Obergericht kein anderes Gericht mehr besteht, dessen Zuständigkeit gegeben wäre: es sei denn, der Kläger würde sich direkt an das Bundesgericht als einziger Instanz wenden.

Anhangsweise sei auch noch auf den ausserordentlich interessanten § 25 des VG⁸⁵ verwiesen. Dieser Artikel kann verschieden interpretiert werden, und da die Gerichte dazu nie Stellung zu nehmen hatten, ist man auf Mutmassungen angewiesen. Sicher handelt es sich um eine die Staatshaftung statuierende Generalklausel. Fraglich ist aber, ob diese Haftung auch bei widerrechtlichen Handlungen Platz greift oder ob es sich nur um die Ersatzpflicht für rechtmässig zugefügten Schaden handelt. Es wäre denkbar, dass der Gesetzgeber an eine rechtswidrige Schädigung dachte, bei der ein Verschulden aber nicht vorliegt. Dass ausdrücklich gesagt wird, dass neben der Amtshandlung auch die Unterlassung diese Schadenersatzpflicht begründen kann, bestärkt in dieser Annahme. Denn unter einer rechtmässigen Unterlassung, die einen Schadenersatz nach sich zieht, kann man sich nichts vorstellen; das Wort Unterlassung weist auf Rechtswidrigkeit hin. Was aber die Annahme, dass wir es mit einer Kausalhaftung des Staates für seine Funktionäre zu tun haben, wieder in Frage stellt, ist die Tatsache, dass eine solche absolut nicht in jene Zeit hineinpasst. Dieses Argument gilt

⁸⁴ Verfolgungsermächtigung.

⁸⁵ § 25: Für den aus einer Amtshandlung oder Unterlassung entstandenen Schaden, ohne dass dabei eine Pflichtverletzung begangen wurde, hat der Staat einzustehen, wenn nicht besondere Gesetze etwas anderes verfügen.

allerdings auch, wenn man lediglich an eine Haftung für rechtmässig zugefügten Schaden denkt. Denn auch die öffentlichrechtliche Entschädigung war nur bekannt, wenn sie durch Spezialgesetze statuiert war. Eine allgemeine Pflicht des Staates, den Schaden zu ersetzen, der infolge rechtmässiger, hoheitlicher Akte entstanden ist, war damals so unbekannt wie heute⁸⁶. Sicher lässt der § 25 dem Richter interessante Möglichkeiten offen, und es ist zu bedauern, dass bis heute noch keine Entscheide dazu vorliegen.

Bei Basel-Stadt kann man sich begnügen, sich mit dem Beamtengesetz vom 25. November 1926⁸⁷ zu befassen. Die Verfas-

⁸⁶ Reichlin glaubt, § 25 beziehe sich auf rechtmässig zugefügten Schaden (S. 34).

⁸⁷ Beamtengesetz vom 25. November 1926.

X. Haftbarkeit der Beamten, der Angestellten, der Arbeiter, der Mitglieder der Behörden, sowie des Staates.

1. Haftung der Beamten, Angestellten und Arbeiter.

§ 37. Die Beamten, Angestellten und provisorischen und ständigen Arbeiter sind für den Schaden haftbar, welchen sie in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen, sei es aus Absicht oder Fahrlässigkeit, widerrechtlich verursachen. — Ist der Schaden für ein leichtes Verschulden verursacht worden, so haftet der Fehlbare nur nach richterlichem Ermessen und in jedem einzelnen Schadensfall höchstens bis zum Betrage einer halben Jahresbesoldung. Für Absicht und grobe Fahrlässigkeit haftet der Fehlbare unbeschränkt. — Im übrigen gelten die Bestimmungen des schweizerischen Obligationenrechts.

2. Haftung des Staates.

§ 38. Geschädigte können ihren Anspruch auf Schadenersatz, für welchen die Beamten, Angestellten und provisorischen und ständigen Arbeiter gemäss § 37 haften, gegen den Fehlbaren oder unmittelbar gegen den Staat richten, letzteres auch dann, wenn die Haftbarkeit des Fehlbaren durch Bundesgesetz geregelt ist.

3. Ansprüche des Staates.

§ 39. Dem Staat steht, wenn er von einem Geschädigten direkt für erlittenen Schaden in Anspruch genommen wird, der Rückgriff auf den Fehlbaren zu. — Der Vorsteher des Departements, welchem der Fehlbare unterstellt ist, bei richterlichen Beamten oder Angestellten die vorgeetzte richterliche Behörde, wird über jeden einzelnen Fall dem Regierungsrat Bericht erstatten. — Dieser entscheidet, ob und in welchem Umfang der Rückgriff auf den Fehlbaren genommen werden soll. — Dasselbe Verfahren ist anzuwenden, wenn der Staat als Geschädigter den Fehlbaren belangen will.

4. Zuständiges Gericht.

§ 40. Streitigkeiten über Schadenersatzforderungen aus den §§ 37 und 38, sowie über den Rückgriff des Staates gemäss § 39 werden auf dem Wege des Zivilprozesses von den ordentlichen Gerichten entschieden.

§ 41. Die Vorschriften der §§ 37—40 finden auch auf die diejenigen Mitglieder der öffentlichen Behörden Anwendung, die diesen nicht in ihrer Eigenschaft als Beamte oder Angestellte angehören, mit der Einschränkung, dass sie nur für Arglist und grobes Verschulden haften.

5. Vorbehalt von Spezialvorschriften.

(Mitglieder des Grossen Rates, Gerichtspersonen, Entschädigungen für ungerechtfertigte Strafverfolgungsmassnahmen, Haftungen nach ZGB usw.)

sungsbestimmung⁸⁸ hat keine unmittelbare Wirkung mehr. Auch die im EG zum ZGB enthaltene Haftungsregelung⁸⁹ für diejenigen Beamten, die schon kraft Bundesrecht einer besonderen Verantwortlichkeit unterstehen, wurde in das Beamtengesetz von 1926 aufgenommen.

Hingegen weist auch das baslerische Beamtengesetz Besonderheiten auf, die beachtet werden müssen, wenn man vom Mass der in ihm verwirklichten Staatshaftung nicht ein falsches Bild erhalten will. — Zunächst ist es ein gutes Beispiel dafür, dass die Tendenz besteht, den Geltungsbereich der Verantwortlichkeitsbestimmungen immer mehr zu vergrössern, bis schliesslich bezüglich der Haftung aller staatlichen Funktionäre ausschliesslich die öffentlichrechtlichen Haftungsbestimmungen gelten. So spricht die Verfassung noch ausschliesslich von Behörden und Beamten, so dass eine einengende Interpretation durchaus möglich ist. Im Entwurf zum Beamtengesetz von 1909 sind dann die Angestellten hinzugekommen, und das definitive Gesetz schloss auch die Arbeiter ein. Das jetzt geltende Gesetz bezieht sich nun auf alle staatlichen Funktionäre. Auch die Behördenmitglieder, die zum Staat nicht in einem Anstellungsverhältnis stehen, sowie die provisorisch angestellten Arbeiter werden miterfasst. Infolge dieser Ausdehnung des persönlichen Geltungsbereiches muss der Frage, ob es sich um eine amtliche Verrichtung handelt und was darunter zu verstehen ist, erhöhte Aufmerksamkeit geschenkt werden⁹⁰. Auf Gemeindebeamte findet das Gesetz keine Anwendung. Auch die Verfassung spricht nur davon, dass die Ansprüche gegen den Staat direkt gerichtet werden können; die Gemeinden sind nicht erwähnt⁹¹.

Bei der Umschreibung des Verschuldens erfährt die Staatshaftung dadurch eine starke Einschränkung, dass der Funktionär nur bei Absicht und grober Fahrlässigkeit unbeschränkt haftet, dass seine Ersatzpflicht bei culpa levis jedoch bis zum Betrage einer halben Jahresbesoldung limitiert wird. Diese Beschrän-

⁸⁸ § 9 KV 1839.

⁸⁹ EG zum ZGB § 112, § 275.

⁹⁰ S. 27 ff.

⁹¹ Im Hof ist der Auffassung, dass in Basel-Stadt die gesetzlichen Vorschriften über die Haftung der Beamten nur für die öffentlich-rechtlichen Bediensteten des Kantons erlassen wurden (S. 245 a, A. 12), dass aber der Kanton auch für die Gemeindefunktionäre hafte (S. 361 a); Giacometti, Staatsrecht d. Kt. S. A. 11.

kung der Haftpflicht des Beamten selbst ist verständlich und gerecht. Da aber der Staat keinesfalls für mehr einzustehen hat als der Beamte selbst, reduziert sich der Umfang der Staatshaftung sehr beträchtlich⁹². Wirkt sich doch die Staatshaftung vor allem dann segensreich aus, wenn es sich um grössere Schadensbeträge handelt, für die der Beamte in der Regel nicht selbst aufkommen kann. Das Abhängigmachen des Höchsthaftungsbetrages von der Besoldung zeugt davon, dass die Verhältnisse viel zu stark von der Seite des Beamten aus betrachtet wurden und dass man zu wenig an den Geschädigten dachte. Denn so wenig wie im Kanton Uri, wo man die Höchsthaftung von der Amtskautionsabhängig macht, besteht hier ein Zusammenhang zwischen Besoldung und mutmasslich eintretendem Schaden. Der vom Appellationsgericht behandelte Fall, wo ein Polizist einen Sekuritaswächter erschoss in der Meinung, es handle sich um einen Verbrecher, sowie die bundesgerichtlich entschiedenen Fälle⁹³, wo infolge Pflichtvernachlässigung seitens von Krankenwärtern Patienten Schaden genommen haben, lassen erkennen, dass es (vielleicht mit Ausnahme der Aerzte) häufiger untere Beamte und Angestellte sind, die Schaden an Leib und Leben verursachen können. Und gerade diese Art von Schäden haben in der Regel Ersatzansprüche zur Folge, die weit über das hinausgehen, was durch eine Amtskautions oder durch einen Bruchteil einer Jahresbesoldung gedeckt werden kann. — Wenn in § 48 die Haftung der Behördemitglieder, die zum Staat nicht in einem Anstellungsverhältnis stehen, auf Absicht und grobe Fahrlässigkeit beschränkt wird, so wird damit nur ausdrücklich gesagt, was sich logischerweise aus § 37 schon ergibt, denn bei diesen Personen fehlt

⁹² Der Entscheid des Appellationsgerichts vom 16. Dezember 1930 wirft die Frage auf, ob wirklich die Staatshaftung nicht weitergehen könne als bis zum Betrage, für den der Beamte im Einzelfall haften würde, beantwortet sie aber nicht. Der Ratschlag und Entwurf zum Beamtengesetz von 1906 lässt erkennen, wie der Gesetzesredaktor dazu dachte: «Die zweite Frage ist die nach der Haftbarkeit des Staates. Die Verfassung spricht es deutlich aus, dass diese Haftung durchaus von der Verantwortlichkeit des Beamten abhängig sei. Sie fordert also keineswegs, dass der Staat für allen Schaden aufzukommen habe, den Beamte in Ausübung ihrer Funktionen verursachen können; sondern nur soweit soll er belangt werden können, als die Verantwortlichkeit der Beamten reicht. Das Gericht muss also einer solchen Klage gegenüber zuerst entscheiden, ob der Beamte den entstandenen Schaden zu ersetzen hätte, und wenn dies nicht der Fall wäre, so könnte es auch den Staat nicht verurteilen.»

⁹³ Basler Appellationsgericht 16. Dezember 1930.

BGE 54 II 20; 56 II 201, 310.

die Jahresbesoldung überhaupt. Es ist aber durchaus gerechtfertigt, dass die Haftung eine weniger strenge ist für die Funktionäre, die ihr Amt nur ehrenamtlich besorgen. Es ist ihnen insbesondere nicht zuzumuten, dass sie den Gesetzesapparat gleich gut kennen wie die Berufsbeamten und dass sie wegen jedes kleinen Rechtsirrtums schadenersatzpflichtig werden.

In besonders klarer Weise hat das Gesetz die Frage beantwortet, welchen Einfluss seine Bestimmungen auf die bereits durch das Bundesrecht geordnete Haftung bestimmter Kategorien von kantonalen Beamten hat. Es liess sich dabei von dem Grundsatz leiten, dass die Kantone trotz Vorhandenseins einer bundesrechtlichen Regelung die Stellung des Geschädigten verbessern können, dass es aber nicht angängig ist, den Beamten ein Stück ihrer Verantwortlichkeit abzunehmen und dass die Stellung des Geschädigten nicht verschlechtert werden darf. Deshalb wird in § 42 bestimmt, dass es bezüglich dieser Beamten bei der durch das Bundesrecht verlangten Verantwortlichkeit bleiben solle, dass aber in jedem Falle eine direkte Belangbarkeit des Staates möglich sei.

Von einer Pflicht des Staates, auf den Beamten zurückzugreifen, ist im Basler Gesetz nicht die Rede. Das ändert aber seinen Charakter nicht, obgleich dieser noch klarer zum Ausdruck gekommen wäre, wenn nicht nur das Rückgriffsrecht statuiert worden wäre. Das Gesetz dokumentiert eben auch darin, dass es beamtenfreundlich ist.

Im übrigen weist es keine weiteren Besonderheiten auf. Für seine Ergänzung muss gemäss § 37 das Obligationenrecht herangezogen werden. Auch bezüglich der Zuständigkeit ist Basel zur gleichen Lösung gelangt wie die anderen Kantone; zuständig sind die Zivilgerichte und zwar sowohl bei Streitigkeiten im externen wie im internen Verhältnis. Dies mag in einem Kanton, der die Institution eines Verwaltungsgerichtes kennt, einigermaßen erstaunen⁹⁴.

Die Verwandtschaft des Beamtengesetzes des Kantons Glarus⁹⁵ mit demjenigen von Basel ist offensichtlich. Enger umschrieben ist der Geltungsbereich, der auf Personen beschränkt bleibt, die zum Staate in einem öffentlichrechtlichen Anstellungsverhältnis stehen. Die Regierungsräte und Obrichter sind ehrenamtlich tätig,

⁹⁴ Imboden S. 27 a.

⁹⁵ Gesetzestext auf Seite 61.

so dass für sie eine Staatshaftung nicht besteht. Dasselbe gilt für alle andern Behördemitglieder mit Ehrenamt, wie auch für die provisorisch angestellten Personen. Ebensowenig kann aus dem Gesetz eine Haftpflicht der Gemeinden abgeleitet werden⁹⁶. Die praktische Bedeutung der Haftung des Gemeinwesens ist deshalb im Kanton Glarus sehr klein.

Im Vergleich zu Basel ist die Stellung des Geschädigten besser, indem von einer Differenzierung des Verschuldensmasses abgesehen wurde. Keine grundsätzlichen Abweichungen ergeben sich dadurch, dass im Gegensatz zum Entwurf die Bestimmung auf ergänzende Anwendung des OR fallen gelassen wurde⁹⁷. Es wird trotzdem als kantonales subsidiäres Recht herangezogen werden. Die Begründung, mit der die landrätliche Kommission diese Streichung vorgenommen hat, dürfte allerdings kaum zutreffend sein. Denn es handelt sich nicht um «allgemein gültiges Recht», sondern um kantonales öffentliches Recht. Einmal mehr kommt hier zum Ausdruck, wie tief die Auffassung verwurzelt ist, dass es sich bei der Haftung von Staat und Beamten für Schaden, der aus Amtspflichtverletzungen entsteht, um zivilrechtliche Delikts-haftung handelt.

c) Haftung des Staates nach verweigerter Verfolgungsermächtigung (VG des Bundes, Kt. Freiburg, Kt. Thurgau)

Zwei kantonale Gesetze sowie das Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes lassen sich in keine der soeben behandelten Untergruppen einteilen, und doch handelt es sich auch bei ihnen um eine von der Beamtenverantwortlichkeit abhängige Staatshaftung. Es sind dies das VG des Kantons Freiburg vom 5. Oktober 1850 und das thurgauische VG vom 25. September 1851. Das EVG selbst ist etwas jüngeren Datums als dasjenige von Freiburg; doch kann daraus nicht geschlossen werden, dass das Bundesgesetz von demjenigen

⁹⁶ § 1. Beamtengesetz.

Bericht der landrätlichen Kommission, S. 4: «Da die Bestimmungen des Gesetzes für alle Beamten, Angestellte und Arbeiter mit Jahresbesoldung Gültigkeit haben, ist...»

⁹⁷ § 32/2 Entwurf: Die Bestimmungen des OR über unerlaubte Handlungen sind entsprechend anwendbar.

Bericht der landrätlichen Kommission vom 20. März 1946: «In § 32 ist der zweite Absatz gestrichen worden, weil es sich hier um allgemein gültiges Recht handelt.»

des Kt. Freiburg beeinflusst wurde, denn die gesetzgeberischen Vorarbeiten fallen in beiden Kantonen in die gleiche Zeit.

Grundsätzlich stehen alle drei Erlasse einer Staatshaftung ablehnend gegenüber. Der Normalfall ist die persönliche Schadenersatzpflicht des Beamten. Ähnlich wie bei der subsidiären Staatshaftung kann aber unter bestimmten Voraussetzungen und erst nachdem vorher gegen den Beamten direkt vorgegangen wurde, die Klage gegen den Staat gerichtet werden. Währenddem bei der subsidiären Staatshaftung die Zahlungsunfähigkeit des Beamten vorausgesetzt ist, ist hier die Staatshaftung abhängig vom Ausgang eines Vorverfahrens, das einen Bestandteil des Prozesses gegen den Beamten bildet.

In diesem Vorverfahren hat die dem Beamten vorgesetzte Administrativbehörde darüber zu befinden, ob sie die Klage gegen den Beamten gestatten will oder nicht. Bejaht sie die Frage, so ist dem Geschädigten der Weg für die Schadenersatzklage bei den Zivilgerichten offen und eine Haftung des Staates kommt gar nicht in Betracht. Wird jedoch die Ermächtigung verweigert, dann kann die Klage direkt gegen den Staat gerichtet werden.

Dadurch wird aber nicht der Staat als solcher für sein eigenes Verhalten schadenersatzpflichtig. Das Bundesgericht hat sich sowohl beim Thurgauer- wie beim Freiburgergesetz in diesem Sinne ausgesprochen⁹⁸. Der Gesetzgeber hat erkannt, dass trotz der Verweigerung der Verfolgungsermächtigung seitens der Administrativbehörde der Schadenersatzanspruch des Geschädigten bestehen bleiben muss. Die endgültige Verweigerung des Rechtsweges würde eine Situation schaffen, die den elementarsten Rechtsgrundsätzen widersprechen würde. Die Verfolgungsermächtigung ist also nicht zu verwechseln mit der Vorentscheidung, wie sie im VG des Kt. Bern bekannt ist. In der Vorentscheidung wird über gewisse Haftungsvoraussetzungen endgültig entschieden, und das Gericht ist an diesen Entscheid gebunden. Sie dient in erster Linie dem Gedanken, dass das Prinzip der Trennung der Gewalten rein gehalten wird.

⁹⁸ «Für die Auslegung des thurgauischen VG ist zu beachten, dass es die Staatshaftung nicht primär, sondern bloss subsidiär eintreten lässt, d. h. der Staat haftet nach § 30 dieses Gesetzes erst an Stelle der Behörden und Beamten, wenn diese wegen Verweigerung der sogen. Verfolgungsermächtigung nicht direkt belangt werden können. Daraus folgt, dass der Staat nur haftet, sofern die Voraussetzungen für die Belastung des Beamten an und für sich gegeben wären.»

Aus Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverw. Bd. 33, S. 456. Unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichtes vom 15. Juli 1932. FB: BGE 63 II 28.

Die Verfolgungsermächtigung ist aber als Schutz des Beamten vor ungerechtfertigten Klagen gedacht. Sie bedeutet keinen materiell-rechtlichen Entscheid und hat nur Wirkung auf die weitere Gestaltung des Verfahrens, d. h. sie begründet in unserem Falle die Staatshaftung.

Das Rückgriffsrecht ist nur im VG des Kt. Freiburg ausdrücklich verankert. Aber auch nach dem thurgauischen VG besteht eine Schadenersatzpflicht des Beamten gegenüber dem Staat für Schäden, die letzterem aus Amtspflichtverletzungen des Beamten entstanden sind (§ 34, § 35), und daraus kann auch ein Rückgriffsrecht des Staates gegen den Beamten abgeleitet werden. Das fehlen einer Rückgriffsbestimmung lässt allerdings die Frage entstehen, ob nicht vielleicht doch die Haftung des Staates nach verweigerter Ermächtigung eine ursprüngliche und eigene sei. Es ist deshalb auf diesem Punkt bei der Erörterung des Thurgauer Gesetzes nochmals zurückzukommen.

Freiburg kennt weder für die Mitglieder des Staatsrates noch für die Richter und alle übrigen richterlichen Beamten irgend eine Staatshaftung⁹⁹. Die oben geschilderte Haftungsart bezieht sich nur auf die «Unterbeamten der Vollziehungsgewalt»¹⁰⁰. Auch für die Gemeinden bestehen keine besonderen Haftungsbestimmungen. Wenn man noch berücksichtigt, dass die Verantwortlichkeit dieser Unterbeamten auf Absicht und grobes Verschulden beschränkt ist, so ergibt sich daraus, dass die praktische Verwirklichung der Staatshaftung im Kt. Freiburg nicht sehr weit gediehen ist¹⁰¹.

Nicht viel besser steht es mit der durch das EVG verwirklichten Staatshaftung: Die direkte Haftung des Bundes tritt nur ein, sofern es sich um von der Bundesversammlung gewählte Beamte handelt und die Bundesversammlung die Verfolgungsermächtigung nicht gegeben hat (Art. 33). Der Geschädigte ist insofern etwas besser gestellt als im Kt. Freiburg, als der Beamte für jedes Verschulden haftet. Das EVG bestimmt zwar das Verschuldensmass nicht; es treten deshalb die Bestimmungen des OR als ergänzendes Recht in die Lücke¹⁰². Dadurch aber, dass eine grosse Zahl von Bundes-

⁹⁹ VG Art. 1—6; ZPO § 176—178.

¹⁰⁰ VG Art. 14.

¹⁰¹ Judikatur zum VG Kt. FB: BGE 35 II 507; 37 II 608; 50 I 130; 54 II 443; 63 II 28.

¹⁰² Saager S. 105.

Beamten besonderen Haftungsbestimmungen unterstehen, hat der Gedanke der Staatshaftung trotz der zurückhaltenden Lösung des EVG im Bunde weitgehend Verwirklichung gefunden¹⁰³.

Wenn wir das VG des Kt. Thurgau¹⁰⁴ in die grosse Gruppe derjenigen Erlasse einreihen, bei der der Staat nur Träger der Ersatzpflicht des Beamten wird, so geschieht dies nicht aus vollster eigener Ueberzeugung, sondern mehr deswegen, weil in der Praxis in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung der historischen Interpretation des Gesetzes eine entscheidende Bedeutung beigemessen wird. Es kann fast als sicher angenommen werden, dass der Gesetzgeber von 1851 nicht an eine unmittelbare Haftung des Staates für widerrechtliche Amtshandlungen seiner Beamten gedacht hat. Deswegen ist aber noch nicht ausgeschlossen, dass der Richter das Gesetz nicht einmal anders interpretiert. Denn die Ansichten über die Staatshaftung haben sich im Verlaufe von 100 Jahren gewandelt, und es ist nicht nur das Recht, sondern auch die

¹⁰³ Eisenbahnhaftpflichtgesetz (A. S. 21, S. 378).

Militärorganisation (M. O. Art. 27/29) usw.

¹⁰⁴ Gesetz über die Verantwortlichkeit der Behörden, Beamten und Angestellten. (25. September 1851.)

- § 1. Alle Behörden und Beamten sind für ihre Verrichtungen verantwortlich. Diese Verantwortlichkeit trifft auch alle öffentlichen Angestellten, sowie alle Personen, welchen vorübergehend ein Amt oder eine öffentliche Stelle oder Verrichtung übertragen wird.
- § 2. Die Verantwortlichkeit wird begründet:
 - a) durch Verbrechen oder Vergehen, sowie durch grobe Fahrlässigkeit in der Amtsführung;
 - b) durch die Uebertretung von Verfassung und Gesetzen.
- § 27. Die Zivilklage auf Schadenersatz setzt voraus:
 - 1. eine rechtswidrige Handlung oder Unterlassung im Sinne des § 2;
 - 2. einen dadurch verursachten positiven Schaden.
- § 29. In Fällen ausserhalb des Strafprozesses fällt sowohl die Erörterung der Frage, ob ein Schaden vorliege, als diejenige der Grösse desselben ausschliesslich den Zivilgerichten anheim. Die Erörterung über die Existenz einer Verletzung der Amtspflichten hingegen ist bei nicht strafbaren Pflichtverletzungen einzig Sache der kompetenten Aufsichtsbehörden, und die Zivilklage ist erst zulässig auf ein vorausgegangenes Erkenntnis, dass eine Pflichtverletzung vorliege.
- § 30. In Fällen, wo die kompetente Aufsichtsbehörde die Klage auf Pflichtverletzung nicht begründet findet, beziehungsweise ihre Zustimmung zur Zivilklage verweigert, kann der Kläger den Fiskus um Schadenersatz vor den Zivilgerichten belangen, sofern er vorerst für die entstehenden Kosten genügende Kautionsleistung geleistet hat.
- § 31. Die von der zuständigen Aufsichtsbehörde ausgesprochene Verantwortlichkeitserklärung dient dem Fiskus oder dem beteiligten Beschwerdeführer zum Titel, um Schadenersatz fordern zu können. — Ein solcher Administrativentscheid präjudiziert aber nicht dem gerichtlichen Entscheide über die erhobenen Zivilansprüche.

Pflicht des Richters, die Gesetze nach Möglichkeit im Sinne der neuen Rechtsauffassung auszulegen. Schon der § 2 könnte Anhaltspunkte für eine Auslegung im Sinne der originären Staatshaftung bieten. Unter lit. b wird gesagt, dass die Verantwortlichkeit auch durch Uebertretung von Verfassung und Gesetzen begründet werde. Nach heutiger juristischer Terminologie muss darin ein Verschulden des Beamten nicht enthalten sein, dies umsoweniger, als gerade vorher, unter lit. a, das Verschulden (grobe Fahrlässigkeit in der Amtsführung) ausdrücklich genannt wird. Nun haben wir aber bereits festgestellt, dass der Beamte selbst nur für Verschulden haften kann. Ein Haftung ohne Schuld könnte höchstens den Staat treffen; d. h. es wäre denkbar, dass der Staat als solcher schadenersatzpflichtig wäre und nicht nur als Träger der Ersatzpflicht des Beamten.

Eine weitere Ueberlegung könnte auf die originäre Staatshaftung hinweisen: Das Vorverfahren von der Administrativbehörde besteht nicht nur in einer Ermächtigung zur Klageerhebung, sondern in einer eigentlichen Prüfung, ob seitens des Beamten eine Amtspflicht vorgelegen hat (§ 29). Nun hat es doch zum mindesten etwas Stossendes, wenn die Aufsichtsbehörde entscheidet, eine Pflichtverletzung des Beamten liege nicht vor und nachher, d. h. wenn «der Fiskus» auf Schadenersatz belangt wird, nun doch wieder auf Amtspflichtverletzung erkannt werden kann (§§ 29, 30). Wie oben gesagt, enthält das Gesetz auch keine Rückgriffsbestimmung. Das spricht dafür, dass es die Meinung hat, der Staat solle zwar Rückgriff nehmen, wenn von der Administrativbehörde die Frage der Existenz einer Amtspflichtverletzung verneint wurde, dass aber der Staat trotzdem haftet, und zwar nicht an Stelle des Beamten für dessen schuldhaftes widerrechtliches Verhalten, sondern aus eigener Haftung für das objektiv widerrechtliche Verhalten seiner Beamten. Wir hätten dann eine Haftung des Staates, die mit derjenigen des Beamten nicht mehr identisch ist. Das Moment der Akzessorietät wäre verschwunden und die Staatshaftung nach thurgauischem Recht müsste einer andern Haftungsgruppe eingereiht werden. Das Bundesgericht steht aber nicht auf diesem Standpunkt; dies geht eindeutig aus dem oben zitierten Entscheid hervor. Da keine weiteren Bundesgerichtsentscheide existieren, wird erst die Zukunft lehren, ob die hier angedeutete Interpretation angenommen werden

wird. Wahrscheinlicher ist die Revision des Gesetzes im Sinne einer unmittelbaren Staatshaftung.

Die kantonalen Gerichte haben das VG schon mehrmals angewendet¹⁰⁵, das hier aufgeworfene Problem wurde aber nicht berührt. Hingegen geben diese Entscheide Aufschluss über den Geltungsbereich des Gesetzes. Im Gegensatz zu vielen älteren Erlassen werden dem VG alle Personen unterstellt, denen Hoheitsmacht zur Verfügung steht¹⁰⁶. Es findet ferner auch Anwendung auf die Gemeindebeamten bzw. die Gemeinden.

B. Die originäre Staatshaftung

1. Kritik der akzessorischen Staatshaftung

Das Wesentliche aller in der ersten Hauptgruppe durchgenommenen Arten von Staatshaftung liegt in der Tatsache, dass man immer an der Schadenersatzpflicht der Beamten, d. h. an ihrer eigenen persönlichen Verantwortlichkeit festgehalten hat. Bei allen Varianten, auf die man stösst, ist das das Entscheidende, mögen im Einzelnen und in der praktischen Auswirkung die Unterschiede noch so gross sein. Primär haftet der Beamte, und wenn schon der Staat einspringen muss, so tut er dies an Stelle des Beamten. Eine saubere Lösung ist dies nicht, sondern eher eine Notlösung und ganz sicher ein Kompromiss. Man merkt den einzelnen Gesetzen an, dass sie aus bestimmten Gründen, meist aus politischen und finanziellen zugleich, weniger aus doktrinären, die Beamtenverantwortlichkeit gegenüber dem geschädigten Dritten nicht aufgeben wollen, dass sie aber andererseits, aus Gründen der Billigkeit, auch die Notwendigkeit einer Staatshaftung anerkennen. So ist man denn zu mehr oder weniger raffinierten, aber oft komplizierten Lösungsversuchen gekommen, um damit den Unbilligkeiten, die mit der alleinigen Beamtenhaftung verbunden sind, entgegenzuwirken. Der grosse Schritt wird aber nicht getan: man denkt nicht daran, dass

¹⁰⁵ Thurgau, Rechtsbuch, Frauenfeld 1908 S. 454—463.

Rechenschaftsbericht des Obergerichts 1923 Nr. 1, 1941 Nr. 21, 23.

¹⁰⁶ Auch die Notare (S. 454 Rechtsbuch).

Ebenso die Richter, obwohl deren Verantwortlichkeit abweichend geregelt ist, indem sie für jedes Verschulden einzustehen haben (75 ZPO), vgl. Rechenschaftsbericht 1937, Nr. 12.

den Staat als solchen eine Schadenersatzpflicht treffen könnte; man wagt den Versuch nicht, das ganze Problem einmal von der anderen Seite anzupacken, d. h. von der Seite des Gemeinwesens aus.

2. Das Wesen der originären Haftung

Darin sind nun die in diesem Abschnitt zu behandelnden Gesetze völlig anders. Sie gehen zunächst gar nicht von der Verantwortlichkeit aus, sondern sie sehen dem Geschädigten gegenüber nur den Staat als den Ersatzpflichtigen an. Natürlich spielt die Person des Beamten trotzdem eine Rolle, da der schädigende Akt immer von einem solchen oder von einer Mehrheit von Beamten ausgeht. Aber die Frage nach seiner Verantwortlichkeit, insbesondere diejenige nach seiner eigenen Schadenersatzpflicht tritt vorerst in den Hintergrund. Das Verhältnis hat sich demnach umgekehrt. Anstatt dass der Beamte primär und der Staat nur subsidiär, besser gesagt sekundär haftet, ist hier der Staat primär schadenersatzpflichtig.

3. Gesetzliche Grundlagen und Quellen

Die Gesetzgebungskompetenz der Kantone ist bei der originären Staatshaftung eine andere als bei der akzessorischen Staatshaftung¹⁰⁷. Art. 61 OR kann hier völlig ausser Betracht gelassen werden, und es ist allein noch Art. 59 ZGB massgebend. Gewisse Beschränkungen, denen der kantonale Gesetzgeber bei der Regelung der Beamtenverantwortlichkeit und damit auch bei der akzessorischen Staatshaftung unterworfen ist, fallen hier weg. Auf den vom Bundesgericht in Bezug auf Art. 61 OR herausgebildeten Beamtenbegriff muss keine Rücksicht mehr genommen werden¹⁰⁸. Der kantonale Gesetzgeber ist daran nur gebunden, soweit er die externe Beamtenhaftung regelt. In den hier zu besprechenden Erlassen wird aber nur die interne Beamtenverantwortlichkeit berührt, wobei, wie aus Art. 362 OR hervorgeht, den Kantonen keine Schranken gezogen sind. Es steht ihnen bei der Statuierung der Staatshaftung somit frei, wie sie den persönlichen Geltungsbereich dieser Erlasse umschreiben wollen.

¹⁰⁷ Vgl. Seite 10 ff.

¹⁰⁸ Vgl. Seite 26.

Im Gegensatz dazu sind sie bei der Umschreibung des schädigenden Aktes, aus dem sich die Schadenersatzpflicht ergeben soll, teilweise gebunden. Denn bei der Beantwortung der Frage, ob sich die Haftung des Gemeinwesens nach den privatrechtlichen Bestimmungen oder nach denen des öffentlichen Rechtes zu richten hat, ist die Unterscheidung massgebend, die das Bundesgericht bei der Anwendung von Art. 61 OR zwischen «amtlicher Verrichtung» und «gewerblicher Verrichtung» macht¹⁰⁹.

Innerhalb des kantonalen Rechts kommt als Quelle fast durchwegs das Einzelgesetz in Frage. Währenddem die ausschliessliche persönliche Beamtenverantwortlichkeit wie auch die akzessorische Staatshaftung oft in den Kantonsverfassungen geregelt sind, finden wir den Grundsatz der originären Staatshaftung nirgends in den Verfassungen verankert. Der Grund für diese Erscheinung ist ein historischer. Als die heute geltenden Kantonsverfassungen entstanden, dachte man noch gar nicht an diese Haftungsart¹¹⁰, so dass es später ganz natürlich war, dass man dafür Spezialgesetze schuf. Nur eine einzige solche Staatshaftungsregelung (Luzern) findet sich in einem Beamtengesetz, wie dies bei der akzessorischen Haftung gelegentlich der Fall ist¹¹¹. Auch darin kommt die originäre Natur der Staatshaftung zum Ausdruck.

4. Die Hauptmerkmale einer originären Haftung

Dass die Haftung tatsächlich eine originäre ist, ist nicht immer leicht zu beweisen. Die Gründe des Auseinanderfallens von Beamtenhaftung können sehr verschiedenartiger Natur sein. Am wenigsten Mühe macht es, die Selbständigkeit der Staatshaftung darzulegen, wenn dies aus der Verschiedenartigkeit der haftungsbegründenden Gesetzesquellen hervorgeht. Wenn ein Kanton nur die Staatshaftung festlegt, es jedoch unterlässt, eine Bestimmung über die externe oder interne Schadenersatzpflicht des Beamten zu erlassen, so bestimmt sich letztere gemäss Art. 61 OR nach Bundeszivilrecht, also nach Art. 41 OR. Dieser Umstand genügt bereits,

¹⁰⁹ Vgl. Seite 30.

¹¹⁰ Mit Ausnahme der Entschädigungspflicht des Staates bei ungerechtfertigter Verhaftung oder Verurteilung.

¹¹¹ BS und GL.

um die originäre Natur der Staatshaftung darzutun ¹¹². Oder es besteht ein Staatshaftungsgesetz mit einfacher Rückgriffsklausel ¹¹³ und unabhängig davon ein Beamtengesetz, das die interne Schadenersatzpflicht des Beamten und damit den Umfang des Rückgriffsrechtes inhaltlich festlegt ¹¹⁴.

In anderen Fällen ergibt sich die originäre Natur der Haftung daraus, dass für sie ein zivilrechtliches Haftungsinstitut zum Vorbild genommen wurde, bei dem seinerseits die originäre Natur der Haftung auf Grund der Lehren des Privatrechtes bereits anerkannt ist. So, wenn der Staat wie der Geschäftsherr oder die deliktsfähige juristische Person zur Schadenersatzpflicht herangezogen wird ¹¹⁵.

Ebenfalls sehr deutlich tritt das Fehlen eines Akzessorietätsverhältnisses zu Tage, wenn die materiellrechtlichen Haftungsvoraussetzungen beim Staat und beim Beamten nicht die gleichen sind. Praktisch kommt dabei nur ein Nichtübereinstimmen im erforderlichen Verschuldensmasse in Frage, indem z. B. der Staat für jedes Verschulden des Beamten, der Beamte selbst aber nur für grobes Verschulden und für Absicht einzustehen hat; oder indem beim Staat das Verschulden überhaupt nicht erforderlich ist, währenddem den Beamten nur eine Verschuldenshaftung trifft ¹¹⁶.

Fehlen solche Unterscheidungsmerkmale, die die Staatshaftung als originär charakterisieren, und stimmt die Schadenersatzpflicht des Staates mit derjenigen des Beamten dem Umfang nach überein, so heisst das noch nicht, dass ein Abhängigkeitsverhältnis gegeben ist, dass der Staat also lediglich Träger der Ersatzpflicht des Beamten ist.

Es gibt noch andere Anhaltspunkte für die Zuteilung eines Gesetzes zum einen oder anderen Haftungssystem. Gelegentlich werden die Gesetzesmaterialien oder die zwar meist spärliche Judikatur Aufschluss geben. Auch die Ueberschrift des Haftungserlasses oder die Verwandtschaft eines solchen Gesetzes mit demjenigen eines anderen Kantons können wertvolle Hinweise für die Natur der Haftung geben.

¹¹² Genfer Staatshaftungsgesetz, NE.

¹¹³ Eine einfache Rückgriffsklausel ist eine solche, die nur das Rückgriffsrecht statuiert, nicht aber dessen Umfang.

¹¹⁴ VD.

¹¹⁵ GE.

¹¹⁶ SH, VD.

5. Die Untergruppen

Innerhalb der Hauptgruppe der originären Staatshaftungen lassen sich zwei der Natur der Haftung nach verschiedene Untergruppen unterscheiden. Unterscheidungsmerkmal ist, dass in der einen Untergruppe der Staat für fremdes Verhalten haftet, in der anderen jedoch für eigenes Verhalten. Die Haftung für fremdes Verhalten lässt sich ihrerseits wieder unterteilen in eine solche für fremdes Verschulden und eine solche für objektiv widerrechtliches Verhalten.

a) Die Haftung für fremdes Verhalten

(Kantone SH, VD, NE, AG, GR, LU)

Diese Haftungsart kommt auch im Privatrecht vor. Sie ist dort aber kein einheitliches Institut, und es können deshalb auch nicht allgemeine Vergleiche gezogen werden. Wenn sich Vergleiche trotzdem aufdrängen, so müssen sie sich auf den Einzelfall beschränken. Nun zeigt es sich aber, dass die kantonalen Gesetzgeber im allgemeinen eigene Wege gegangen sind, und es wird noch zu zeigen sein, dass lediglich Genf bereits bestehende Haftungstypen des Privatrechts zum Vorbild genommen hat.

aa) für fremdes Verschulden

Von den unten zu behandelnden wenigen Ausnahmen abgesehen, erscheint die originäre Staatshaftung durchwegs als solche für fremdes Verschulden, d. h. für das Verschulden eines Individuums, das vom Gemeinwesen mit Hoheitsmacht ausgerüstet ist und diese Gewalt unter Verletzung der Rechtsordnung gegenüber Dritten in schadenstiftender Weise zur Anwendung bringt. Von den neueren kantonalen Gesetzen gehören fast alle diesem Typus an. Es macht den Anschein, dass die Entwicklung hier einen gewissen Abschluss gefunden hat, dass damit nun die unserem Rechtsempfinden am besten entsprechende Haftungsart gefunden ist.

α) Ausschliessliche Haftung des Staates gegenüber dem Geschädigten

Im Gegensatz zu den Gesetzen mit akzessorischer Haftung, wo der Staat nur hinter dem Beamten oder neben dem Beamten für dessen

Ersatzpflicht einzustehen hat, fehlt hier die Möglichkeit, auf Grund des Staatshaftungsgesetzes gegen den Beamten direkt vorzugehen. Das Staatshaftungsgesetz lässt das Haftungsverhältnis Beamter-Dritter unberücksichtigt, oder es schliesst die Entstehung eines solchen Verhältnisses aus. Damit ist eigentlich am augenscheinlichsten gezeigt, dass hier der Staat primär ersatzpflichtig ist. Ein Beweis für originäre Haftung kann darin aber noch nicht erblickt werden, indem trotz der Uebernahme der Schadenersatzpflicht gegen aussen sich die Haftung des Staates als eine von der Beamtenverantwortlichkeit abgeleitete charakterisieren könnte, dann nämlich, wenn der Staat die Haftung auf dem Wege des Regresses im gleichen Umfange wieder auf den Beamten abwälzen kann und wenn auch sonst erkenntlich ist, dass der Staat lediglich im Aussenverhältnis die Schuld des Beamten übernimmt. Ob es möglich ist, trotz der im Staatshaftungsgesetz statuierten Haftung des Staates noch gegen den Beamten persönlich vorzugehen, kann nicht für alle Gesetze in gleicher Weise beantwortet werden¹¹⁷. Die Gesetze der Kantone Aargau, Thurgau und Luzern schliessen ein direktes Klagerecht gegen den Beamten ausdrücklich aus¹¹⁸. Das ist so zu verstehen, dass gegen den betreffenden Beamten überhaupt nicht vorgegangen werden kann, weder auf Grund der sonst meist im Staatshaftungsgesetz festgelegten Beamtenverantwortlichkeit, noch auf Grund eines unabhängig davon bestehenden Beamtenverantwortlichkeitsgesetzes, noch auf Grund von Art. 41 OR. In Bezug auf ein allfällig vorhandenes älteres Beamtengesetz ergibt sich dieses Resultat wegen der derogierenden Wirkung der *lex posterior* in Bezug auf das OR auf Grund der Wirkung der *lex specialis*. Das Verhältnis Geschädigter-Beamter bleibt damit ein rein tatsächliches und wird nicht zum Haftungsverhältnis. Andere Gesetze (VD, NE, SH) enthalten keine

¹¹⁷ Exp. des motifs Vd, S. 7: «Le projet, cela va sans dire, n'empêchera jamais le lésé d'attaquer directement l'auteur du dommage plutôt que l'Etat ou la Commune.»

NE Bullt. d. Gr. Cons. S. 104: «... ce qui ne préjudice en rien au droit du lésé d'actionner le fonctionnaire ou l'employeur publique au service de l'Etat ou de la Commune personnellement auteur du dommage, cette resp. restant régie par le Code fédéral des obligations.»

Durch das neue Beamtengesetz vom Kt. Waadt vom 7. Juni 1947 ist die gegenteilige Meinung Thilos (Jour. des Trib. 7 I 232) widerlegt. Dazu auch Entscheid des trib. cantonal, 31. Nov. 1934 in Journal des trib. Bd. 84, Droit cant. S. 10, Notes par R. Secretan.

¹¹⁸ VG des Kt. AG vom 21. Dez. 1939 § 9; VG des Kt. GR vom 26. Mai 1944.

solche Bestimmung. VD hat im Gegenteil in seinem neuesten Beamten-gesetz festgelegt, dass der Beamte auch gegenüber Dritten schadenersatzpflichtig bleibt¹¹⁹. Sowohl aus der Beratung des Gesetzes von VD wie auch aus derjenigen des Gesetzes von Neuenburg geht hervor, dass der Gesetzgeber keineswegs daran dachte, die persönliche Schadenersatzpflicht des Beamten gegenüber dem Dritten auszuschliessen. Das steht jedoch mit der Auffassung, dass diese Gesetze eine originäre Staatshaftung statuieren, und dass es sich bei der Ersatzpflicht des Staates nicht um die Uebernahme der Beamtenhaftung im externen Verhältnis handelt, durchaus in Einklang. Bei Schaffhausen ist andererseits anzunehmen, dass eine direkte Belangbarkeit des Beamten nicht mehr möglich ist. Dies geht am deutlichsten daraus hervor, dass die Schlussbestimmungen des EG zum ZGB das alte Verantwortlichkeitsgesetz, das die persönliche Haftung der Beamten gegenüber Dritten festlegte, ausser Kraft setzt. Damit wird das alte Gesetz ersetzt, und die Verantwortlichkeitsbestimmungen des EG zum ZGB müssen nicht nur als eine Einführung der Staatshaftung, gestützt auf Art. 59 ZGB, sondern auch als kantonale Regelung der externen Beamtenverantwortlichkeit im Sinne von Art. 61 OR angesehen werden, so dass für die Anwendung von Art. 41 ff. OR kein Platz mehr bleibt.

*β) Das Verschulden des Beamten als Voraussetzung
der Haftung des Staates*

Nach allen diesen Gesetzen haftet der Staat grundsätzlich nur für verschuldetes rechtswidriges Verhalten der Beamten. Es liegt nahe, in dieser Tatsache wiederum die Abhängigkeit der Staatshaftung von der Beamtenverantwortlichkeit zu erblicken. Dem ist aber nicht so, denn es ist durchaus möglich, dass den Beamten trotz der Verschuldenshaftung des Staates keine oder eine völlig andere vermögensrechtliche Verantwortlichkeit trifft. Dass der Beamte überhaupt von jeder vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit befreit wird, sei es nun im internen oder im externen Verhältnis, lässt sich allerdings in keiner kantonalen Regelung nachweisen. Denn dass die Folgen für schuldhaftes Schadenzufügen lediglich auf straf-

¹¹⁹ Loi du 7 juin 1947 sur le statut général des fonctions publiques cantonales, art. 30.

rechtliche oder auf Disziplinar massnahmen beschränkt bleiben, ist schon aus erzieherischen Gründen abzulehnen. Hingegen kommt es oft vor, dass der Beamte sowohl dem Staat als auch unter Umständen direkt dem geschädigten Dritten gegenüber nur bei besonders schwerem Verschulden haftet, währenddem der Staat für jedes Verschulden einzustehen hat. Dieses Auseinanderfallen der beiden Haftungen wegen verschiedenen Verschuldensmasses lässt sich bei den Gesetzen der Kantone Schaffhausen und Waadt ohne Schwierigkeit nachweisen. Schaffhausen¹²⁰ bestimmt, dass der Staat Privaten für den Schaden, welcher «durch Verschulden von Beamten oder Angestellten des Kantons oder einer Gemeinde in Ausübung ihres Amtes verursacht worden ist», haftet. Im gleichen Artikel heisst es aber: «Bei Arglist oder grober Fahrlässigkeit besteht der Rückgriff auf den Fehlbaren». Daraus ergibt sich, dass bei leichter Fahrlässigkeit des Beamten der Staat allein die Schadenersatzpflicht trägt. Schon vor dem Inkrafttreten des neuen Beamtengesetzes¹²¹ konnte auch nach der waadtländischen Gesetzgebung nachgewiesen werden, dass sich die Staatshaftung mit derjenigen des Beamten nicht zu decken braucht. Der Zustand vor 1947 war der, dass das Staatshaftungsgesetz die Schadenersatzpflicht des Staates bei Absicht wie auch bei grobem und leichtem Verschulden des Beamten vorsah. Der Beamte selbst haftete in Ermangelung einer kantonalen Regelung nach Art. 41 ff. OR, also ebenfalls für jedes Verschulden. Durch eine einfache Rückgriffsklausel war dem Staat die Möglichkeit gegeben, sich beim Beamten bezahlt zu machen. Da insbesondere im internen Verhältnis die Schadenersatzpflicht des Beamten nicht festgelegt war, hätte man sich dazu verleiten lassen können, in der Staatshaftung die auf den Staat übertragene Schadenersatzpflicht des Beamten zu erblicken. Da aber die richterlichen Beamten nur für grobes Verschulden einzustehen haben¹²¹, das Staatshaftungsgesetz aber auch für diese Geltung besass, und der Staat bei der Geltendmachung der Rückgriffsklage an die weniger schwere Richterverantwortlichkeit gebunden war, war das Auseinanderfallen der beiden Haftungen und damit die originäre Natur der Staatshaftung schon damals erwiesen.

¹²⁰ EG zum ZGB Art. 141.

¹²¹ Loi du 9 juin 1947 sur le statut général des fonctions publiques cantonales. Organisation Judiciaire Vaudoise, art. 145.

Durch das neue Beamtengesetz ist nun aber auch für die übrigen Beamten sowohl die externe wie auch die interne Beamtenverantwortlichkeit auf Absicht und grobes Verschulden («soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence grave») beschränkt worden.

Ebenfalls auf dem Verschulden des Beamten basiert die Staatshaftung nach dem Neuenburger Staatshaftungsgesetz¹²². Wenn auch von einer näheren Umschreibung des Verschuldens im Gesetz abgesehen wird (... le dommage résultant d'actes illicites), so liegt in dem Worte «illicite» nicht nur der Widerrechtlichkeitsbegriff, sondern auch derjenige des Verschuldens. Zusammen mit dem Verweis auf die ergänzende Anwendung des OR ergibt sich eine Haftung nach Art. 41 OR, also für Absicht und Fahrlässigkeit¹²³. Da auch dieses Gesetz nur die einfache Rückgriffsklausel kennt und weitere Bestimmungen über die Verantwortlichkeit des Beamten selbst fehlen, bzw. nur im externen Verhältnis durch die subsidiäre Geltung von Art. 41 OR vorhanden sind, muss angenommen werden, dass auch für die Geltendmachung des Rückgriffsrechtes jedes Verschulden des Beamten genügt. Auch aus dieser mehr zufälligen Uebereinstimmung der beiden Haftungen kann nicht auf deren Akzessorietät geschlossen werden.

Das hündnerische Verantwortlichkeitsgesetz¹²⁴

¹²² Loi cantonale du 2 décembre 1903 sur la responsabilité civile de l'état et des Communes.

¹²³ Entscheid des Tribunal Cantonal vom 30. Juni 1939.

¹²⁴ Gesetz über die Verantwortlichkeit von Behörden und Beamten und die Haftung der öffentlichrechtlichen Körperschaften vom 26. Mai 1944.

Art. 4. Die Behörden und Beamten des Kantons, der kantonalen Anstalten und der Bezirke sind diesen für den Schaden aus schuldhafter Verletzung der Dienstpflicht haftbar.

Art. 5. Die Behörden und Beamten der Kreise, Gemeinden und der übrigen selbständigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten sind diesen für den Schaden aus absichtlicher oder grobfahrlässiger Verletzung oder Vernachlässigung ihrer Dienstpflicht haftbar.

Die Kreise, Gemeinden und übrigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften können auf dem Wege der Gesetzgebung oder der Statuten die Verantwortlichkeit ihrer Behörden oder Beamten auf die leichte Fahrlässigkeit ausdehnen.

Art. 7. Der Kanton, die kantonalen Anstalten und die Bezirke sind pflichtig, für Schaden Ersatz zu leisten, der Dritten durch ihre Behörden und Beamten in Ausübung ihres Dienstes widerrechtlich, sei es absichtlich, sei es fahrlässig zugefügt wird.

Art. 9. Die Kreise und Gemeinden und übrigen öffentlich-rechtlichen selbständigen Körperschaften und Anstalten sind pflichtig, für den Schaden Ersatz

kennt eine Abstufung des Verschuldens, je nachdem ob es sich um kantonale oder um Gemeindebeamten handelt. Der Kanton, die kantonalen Anstalten und Bezirke sind gegenüber Dritten für jedes Verschulden der Beamten haftbar, die Gemeinden, Kreise und Körperschaften jedoch nur für grobes Verschulden der betreffenden Funktionäre. Immerhin haben sie das Recht, ihre eigene Verantwortlichkeit ebenfalls auf jedes Verschulden auszudehnen (Art. 8 und 9). Das Gesetz regelt neben der Haftung des Gemeinwesens auch noch die interne Beamtenverantwortlichkeit. Auch diese (Art. 4 und 5) ist bei den kantonalen Beamten bei jedem, bei den Gemeindebeamten jedoch nur bei grobem Verschulden gegeben. Auch für die interne Haftung der Beamten haben die Gemeinden aber die Möglichkeit auch das leichte Verschulden als Haftungsvoraussetzung zu bezeichnen. Infolge des Rückgriffsrechtes decken sich nach bündnerischem Gesetz Beamtenverantwortlichkeit und Staatshaftung normalerweise. Das Auseinanderfallen der beiden Haftungen ist aber dann möglich, wenn eine Gemeinde von dem Recht Gebrauch macht, ihre eigene Schadenersatzpflicht auch auf leichtes Verschulden der Beamten auszudehnen (Art. 9), aber darauf verzichtet, diese Haftungsverschärfung auch auf die Beamten auszudehnen, wie sie dies gemäss Art. 5 tun dürfte.

Bei leichtem Verschulden und auch wenn der Beamte durch den Ersatz des Schadens in eine Notlage geraten würde, kann der Richter zudem die Schadenersatzpflicht des Beamten ermässigen (Art. 15). Es geht klar aus dem Wortlaut des Gesetzes hervor, dass sich in einem solchen Falle die Ersatzpflicht des Staates gegenüber Dritten nicht reduziert. Die Bestimmung ist einzig zu Gunsten des Beamten da. Es erweist sich hier für den Geschädigten als grosser

zu leisten, der Dritten durch ihre Behörden und Beamten in Ausübung ihres Dienstes absichtlich oder grobfahrlässig zugefügt wird.

Sie können auf dem Wege der Gesetzgebung oder durch die Statuten ihre eigene Verantwortlichkeit auch auf leichte Fahrlässigkeit ausdehnen.

Art. 10. Die öffentlich-rechtlichen Körperschaften haben auch Genugtuungsleistungen zu übernehmen, falls die Voraussetzungen (Art. 49 OR) hierfür gegeben sind.

Art. 11. Das direkte Klagerecht des geschädigten Dritten gegen die fehlbaren Behörden und Beamten ist ausgeschlossen.

Art. 16. Der Richter kann, wenn die Umstände es rechtfertigen, die Ersatzpflicht der Behördemitglieder und Beamten ermässigen, besonders bei leichtem Verschulden oder wenn der Haftbare durch den Ersatz in eine Notlage geraten würde.

Vorteil, dass die Haftung des Staates nicht abhängig ist von derjenigen des Beamten.

Unter Umständen kann aber gemäss Art. 6 des Gesetzes die Haftung des Beamten auch weiter gehen als diejenige des Staates, dann nämlich, wenn ihn kein Verschulden traf, weil er urteilsunfähig war. Diese dem Art. 54 OR nachgebildete Billigkeitshaftung trifft nur den Beamten im internen Haftungsverhältnis und nicht den Staat¹²⁵. Das geht schon daraus hervor, dass der Art. 6 im Abschnitt III des Gesetzes untergebracht ist, der betitelt ist «Haftung des Beamten gegenüber der Körperschaft». Aber auch der Wortlaut des Art. 6 lässt klar erkennen, dass diese Haftung nur den Beamten betrifft¹²⁶. Die innere Berechtigung der Beschränkung der Billigkeitshaftung auf den Beamten ist schwer zu erkennen. Denn es ist nur dann billig, wenn eine Person auch den unverschuldet verursachten Schaden ersetzt, wenn ihr einerseits der Ersatz aus finanziellen Gründen sehr leicht fällt und der Geschädigte durch die alleinige Schadenstragung schwer betroffen wird¹²⁷. Diese Gründe treffen aber hier in der Regel nicht zu, denn für die Beamten mit ihrer nicht gerade grossen Besoldung ist die Leistung von Schadenersatz eine grosse Last, währenddem andererseits das Gemeinwesen weniger hart betroffen wird. Dem Gedanken der Billigkeit wäre besser entsprochen gewesen, wenn eine solche das Verschulden als Haftungsvoraussetzung ausschliessende Billigkeitshaftung statt auf das Haftungsverhältnis Staat—Beamter auf die Haftung des Staates gegenüber Dritten verlegt worden wäre¹²⁸.

Die grundsätzliche Beschränkung der Haftung der Gemeinden auf grobes Verschulden der Beamten kann natürlich nicht befriedigen. Denn vom Geschädigten aus gesehen spielt es nicht die ge-

¹²⁵ Wegen eines einem Dritten zugefügten Schadens kann der Beamte nicht auf Grund des Rückgriffsrechtes aus Billigkeit zum Schadenersatz herangezogen werden, sondern nur dann, wenn er den Staat direkt geschädigt hat. Der Staat kann bei der Ausübung seines Rückgriffsrechtes keinesfalls mehr fordern, als er selbst gegenüber dem Dritten geleistet hat.

¹²⁶ Art. 6 VG: «Die Mitglieder von Behörden und Beamte können aus Billigkeit auch bei nachträglich festgestellter Urteilsunfähigkeit zu teilweisem oder vollständigem Ersatz des verursachten Schadens verurteilt werden.»

¹²⁷ BGE 71 II 226 hat einen urteilsunfähigen Beamten aus Billigkeit dem Staate gegenüber zu Schadenersatz verurteilt.

¹²⁸ Gegen eine Anwendung dieser Billigkeitshaftung auf Beamten wendet sich scharf Roos, S. 396.

Das deutsche Reichshaftungsgesetz vom 22. Mai 1910, § 1, Abs. 2, kannte nur die den Staat treffende Billigkeitshaftung.

ringste Rolle, ob den Beamten ein leichtes oder ein schweres Verschulden trifft, sondern ihn interessiert nur, wie er den durch widerrechtliche Amtshandlung entstandene Schaden ersetzt erhält. Auch leichtes Verschulden kann schweren Schaden zur Folge haben. Dass der Beamte selbst, insbesondere wenn es sich bei ihm um einen ehrenamtlich tätigen Funktionär handelt, wie dies in den kleineren Gemeinden des Kantons Graubünden die Regel sein wird, nicht für jedes noch so kleine Verschulden einstehen soll, ist zwar durchaus gerechtfertigt. Eine zu strenge Haftung würde es den Gemeinden sehr erschweren, ihre Behörden überhaupt bestellen zu können¹²⁹. Im Gegensatz zum System mit akzessorischer Haftung, wo das Gemeinwesen zwangsläufig nur im Umfange der Schadenersatzpflicht des Beamten haftet, hätte das hier behandelte Haftungssystem die Möglichkeit geboten, dem Staat und den Gemeinden die Haftung für jedes Verschulden des Beamten aufzubürden, ohne jedoch den Beamten selbst mit dieser strengen Haftung zu belasten.

In den Kantonen Aargau und Luzern haften sowohl der Staat wie auch die Gemeinden für jedes Verschulden des Beamten¹³⁰. Das besondere richterliche Ermässigungsrecht bei leichtem Verschulden des Beamten (§ 6 AG) kann ebensowenig wie im bündnerischen Gesetz auf die Haftung des Staates ausgedehnt werden. Grundsätzlich haftet im internen Verhältnis auch der Beamte für jedes Verschulden. Damit decken sich die interne Haftung des Beamten und die externe des Staates inhaltlich. Dieses Uebereinstimmen im Haftungsausmass ist aber begrifflich nicht notwendig, es kann sogar eher als zufällig angesehen werden¹³¹.

Dass für die Wertung des Verschuldens nur der objektive Massstab in Frage kommen kann, ergibt sich bereits aus dem oben¹³² Gesagten. Entscheidend ist somit, ob bei der betreffenden Handlung die vom Durchschnittsbeamten zu erwartende Fachkenntnis verbunden mit entsprechender Sorgfalt vorhanden war. Nur wenn die

¹²⁹ Abschied des Grossen Rates von Graubünden über die Revision des kantonalen Verantwortlichkeitsgesetzes, 16. September 1944, S. 2.

¹³⁰ AG § 2 des Gesetzes über die Verantwortlichkeit der öffentlichen Beamten und Angestellten über die Haftung des Staates und der Gemeinden für ihre Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz vom 21. Dezember 1939). Luzern §§ 34 u. 35 des Beamtengesetzes vom 27. Juni 1948.

¹³¹ Die Justizdirektion hat in ihren Bemerkungen zu § 3 des Entwurfes III des Gesetzes auch angeregt, dass die Haftung des Beamten auf grobes Verschulden beschränkt bleibe.

¹³² Seite 47.

schädigende Handlung mit Absicht ausgeführt wurde, muss auf subjektive Momente abgestellt werden. In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle beruht jedoch das Verschulden nicht auf Absicht, sondern auf Fahrlässigkeit. Durch die Objektivierung des Verschuldensbegriffes bei Fahrlässigkeit wird sich in der Praxis die originäre Staatshaftung für Verschulden der Beamten immer mehr der Verursachungshaftung nähern. Nach den allgemeinen Regeln des Deliktrechts ist es zwar der Geschädigte, der das Verschulden zu beweisen hat. Nun kann aber von ihm nicht verlangt werden, dass er innerhalb des ganzen Beamtenapparates die Person des Schuldigen ausfindig macht. Bei weitem nicht immer ist nach aussen die Person des verantwortlichen Beamten, der den Schaden angerichtet hat, erkenntlich. Insbesondere ist es nicht gesagt, dass das ausführende Organ zugleich auch für diese Handlung verantwortlich gemacht werden kann. Oft gehen amtliche Handlungen ganz einfach vom Staat aus und es kann dabei vom Geschädigten bestenfalls ausfindig gemacht werden, welches Departement, welche Dienstabteilung usw. dafür verantwortlich ist. Es ist auch möglich, dass ein Verwaltungsakt nur durch das Zusammenwirken verschiedener Departemente zustande kommt. Dem Geschädigten wird dann meist die Möglichkeit fehlen, innerhalb dieses grossen Personenkreises den Schuldigen ausfindig zu machen¹³³. Das vom Geschädigten zu beweisende Verschulden muss deshalb schon dann als erwiesen angenommen werden, wenn ihm dargetan werden kann, dass der widerrechtliche Verwaltungsakt bei richtigem Funktionieren des Verwaltungsapparates nicht vorkommen dürfte. Wenn es dann aber dem Staat gelingt, den Beweis zu erbringen, dass keine Behörde und keinen Beamten ein Verschulden trifft, dann kommt das Verschuldensprinzip wieder voll zur Geltung. Für die Erbringung des Schuldbeweises ergibt sich somit wenigstens teilweise eine Umkehr der Beweislast.

¹³³ Gleicher Meinung: Delius, Amtshaftung S. 21.

Anderer Meinung ist Secretan, der dem Verantwortlichkeitsgesetz des Kt. Waadt eine viel engere Auslegung gibt:

«... Il ne s'agit donc pas de rechercher si l'on peut articuler un grief contre le Service Sanitaire comme tel ou contre un autre organe de l'administration. Il s'agit uniquement de dire si un agent de l'administration, à désigner nominativement, peut être convaincu d'un manquement fautif aux devoirs explicites ou implicites de sa charge, en relation de cause à effet avec le dommage.» Avis de droit de R. Secretan et A. Panchaud, Lausanne, 3. 11. 1946.

γ) *Besonderheiten der einzelnen kantonalen Gesetze*

Entwicklungsgeschichtlich bilden die Gesetze von **N e u e n b u r g** und **W a a d t** zusammen mit demjenigen von **G e n f** eine Einheit. Der entscheidende Impuls ging im Jahre 1898 von Genf aus. Die dortigen parlamentarischen Beratungen, die zum Gesetz vom 25. Mai 1900 führten, waren wegleitend für die beiden anderen Gesetze¹³⁴. Das Neuenburger Gesetz kam am 2. Dezember 1903 zustande, dasjenige der Waadt am 29. November 1904. Was das Neuenburger und das Waadtländer Gesetz vom Genferischen zwar grundsätzlich unterscheidet, ist, dass sowohl Neuenburg wie die Waadt davon abgesehen haben, die Haftung des Geschäftsherrn und der juristischen Person zum Vorbild zu nehmen¹³⁵. In den Einzelheiten zeigen sich aber verblüffende Uebereinstimmungen. So ist schon die Ueberschrift der beiden Erlasse derjenigen des Genfer Gesetzes sehr ähnlich und jedenfalls ein Hinweis darauf, dass man es hier mit einer originären Staatshaftung zu tun hat¹³⁶. Die Materie wird in einem besonderen Staatshaftungsgesetz untergebracht. Es wird damit bewusst darauf verzichtet, diese Haftung mit der Beamtenhaftung in Zusammenhang zu bringen. Während der Beratung des Neuenburger Gesetzes kam dieser Gedanke klar zum Ausdruck¹³⁷.

Besonders offensichtlich ist die Uebereinstimmung auch in der Umschreibung des Geltungsbereiches. Im Gegensatz zu älteren Gesetzen, die sich darauf beschränkt haben, die Verantwortlichkeit des Kantons für seine eigenen Funktionäre festzulegen, werden hier auch die Gemeinden als Haftungssubjekte mit einbezogen. Diese Lösung erstaunt bei den welschen Kantonen, wo

¹³⁴ Wurden doch im Neuenburger Grossen Rat (S. 292, Bd. 64 Bulletin du Grand Conseil) bei der Gesetzesberatung teilweise wörtlich die gleichen Voten abgegeben wie in Genf. (Genfer Gr. Rat 17. Januar 1900.)

¹³⁵ Aus diesem Grunde gehört das Genfer Gesetz nicht in diese Gruppe, und es findet hier nur Erwähnung, soweit auf die entwicklungsgeschichtlichen Zusammenhänge verwiesen werden soll.

¹³⁶ Genf: loi concernant la resp. civile de l'Etat de Genève et des Communes.
NE: loi sur la resp. civile de l'Etat et de ses Communes.

VD: loi sur la resp. civile de l'Etat et des Communes à raison de leurs fonctionnaires ou employés ne se rattachant pas à l'exercice d'une industrie.

¹³⁷ «... on fit observer avec raison, qu'une loi spéciale était nécessaire, parce que la disposition prévoyant la responsabilité de l'Etat n'était pas à sa place dans une loi concernant les magistrats et les fonctionnaires, ou on n'aurait pas l'idée de la chercher. (S. 290 Bulletin du Gr. Conseil Bd. 64.)

man die Idee des Föderalismus besonders tief verwurzelt glaubt. Sie ist aber ein Beweis dafür, dass diese Kantone das föderalistische Prinzip nur im Verhältnis Bund-Kantone angewendet wissen möchten, währenddem sie auf ihrem eigenen Gebiet diesem in der Gemeindeautonomie seine Verwirklichung findenden Gedanken keine allzu grosse Wichtigkeit beimessen¹³⁸. Hingegen geht aus dem Wortlaut zweifelsfrei hervor, dass es dem Gesetzgeber nicht darum zu tun war, mit diesen Gesetzen auch die Haftung der übrigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten zu regeln¹³⁹. Weder im einen noch im anderen Gesetz bleibt die Staatshaftung auf die Handlungen der eigentlichen Beamten beschränkt. Entscheidend ist, ob der betreffende Funktionär öffentliche Gewalt zur Anwendung bringt; auf das Anstellungsverhältnis kommt es nicht an¹⁴⁰.

Beide Gesetze zeichnen sich auch durch ihre kurze Fassung aus. Die Erklärung hiefür ist einerseits im Verweis auf das OR¹⁴¹ zu suchen und andererseits in der Tatsache, dass darauf verzichtet wird, gleichzeitig mit der Staatshaftung auch noch die Beamtenverantwortlichkeit zu regeln.

Ueber die Zuständigkeit für die Verantwortlichkeitsklagen sagen die Gesetze nichts. Es ergibt sich aber aus der sehr umfangreichen Judikatur¹⁴², dass auch hier wie überall einzig die Zivilgerichte zuständig sind.

Von den deutschschweizerischen Kantonen ist Schaffhausen¹⁴³ der erste, der eine originäre Haftung eingeführt hat. Leider ist nicht ersichtlich, ob es die westschweizerischen Gesetze sind, die hier befruchtend wirkten oder ob sich der Gesetzgeber von einigen Vorbildern der deutschen Landesgesetzgebung hat leiten lassen. Der Kanton Schaffhausen ist zudem der einzige Kanton, der die Staatshaftung im EG zum ZGB festgelegt hat. Zahlreiche andere Kantone haben die Materie ebenfalls dort behandelt, sind aber nicht über

¹³⁸ Messmer S. 103, A. 11; Giacometti, Staatsrecht d. Kt. S. 77, A. 11.

¹³⁹ So ist z. B. im Kt. Neuenburg die Haftung der kantonalen Brandversicherungsanstalt im Brandversicherungsgesetz festgelegt; es wird dort bestimmt, dass diese Anstalt gleich haftet wie der Staat gemäss Staatshaftungsgesetz.

¹⁴⁰ VD: Exposé des Motifs, S. 6, Tribunal Cantonal 6. 5. 1943.

M contre Etat de Vaud; 27. 9. 1944, Amiguet contre Commune de Bex; NE: Bulletin du Gr. Conseil, Bd. 66, S. 399; Arrêts du Trib. Cantonal 1939, S. 466; 1920, S. 138.

¹⁴¹ VD: art. 3; NE art. 2.

¹⁴² Journal des Trib. 1941 (Bd. 89), S. 2 (droit cantonal).

¹⁴³ EG zum ZGB Art. 141—143.

das Prinzip der persönlichen Beamtenverantwortlichkeit hinausgekommen¹⁴⁴.

Auch Schaffhausen hat den Geltungsbereich des Gesetzes auf die Gemeinden ausgedehnt. Eine gewisse Einschränkung erleidet das Prinzip der Staatshaftung dadurch, dass die Bundesvorschriften über die Beamtenverantwortlichkeit nicht ausgeschaltet werden. Für die Betreibungs- und Konkursbeamten sowie für die Zivilstandsbeamten bleibt daher die subsidiäre Staatshaftung bestehen.

Ueber das Aargauer Gesetz wurde das Wesentliche bereits gesagt.

Es lohnt sich aber, bei ihm noch etwas zu verweilen, denn die Art seines Zustandekommens zeigt, mit welchen Schwierigkeiten die Idee der originären Staatshaftung bisweilen zu kämpfen hatte. Der Verfassungsentwurf von 1852 sah die subsidiäre Staatshaftung vor, doch beschränkte man sich bei der definitiven Fassung dann auf die Festlegung des Grundsatzes der Beamtenverantwortlichkeit, um die Staatshaftung und die nähere Umschreibung der Beamtenverantwortlichkeit einem, wie die Verfassung sagt, «mit Beförderung» zu erlassenden Gesetz zu reservieren. Obwohl die Verfassung von 1885 (Art. 8) den Auftrag an den Gesetzgeber erneuerte, («... eines sofort zu erlassenden Gesetzes.») dauerte es doch insgesamt 88 Jahre, bis der Gesetzgeber seine Aufgabe gelöst hatte. Periodisch wiederholte Motionen erinnerten das Parlament mehrfach an seine Pflicht. Noch 1908 erklärte der Regierungsrat, das Prinzip der primären Staatshaftung sei undemokratisch, und in einem Bericht, den er dem Grossen Rat am 24. Juli 1928 vorlegte, bekämpfte er das Prinzip nicht weniger energisch¹⁴⁵. Dieser Bericht wurde vom Grossen Rat aber abgelehnt, und auch ein letzter Versuch des Finanzdirektors, die originäre Staatshaftung zu bekämpfen, fand kein Gehör¹⁴⁶.

Aus den grossen Widerständen, die dem Gesetz entgegengestellt wurden, erklären sich auch einige die Haftung des Gemeinwesens einschränkende Bestimmungen. So der im § 3 erwähnte Ausschluss der Staatshaftung bei Ausübung der staatlichen Aufsicht über Per-

¹⁴⁴ ZH, SZ, AR, TI.

¹⁴⁵ Eine weitere Ausdehnung der Haftung, speziell die Einführung der primären Haftung des Staates, könne nicht in Betracht fallen, da diese unabsehbare Folgen mit sich bringen würde.

¹⁴⁶ Bericht des Finanzdirektors vom 29. August 1934.

sonen, die einen patentierten Beruf ausüben, über Privatunternehmen und über die Gemeinden. So ist auch § 4 zu verstehen, wo eine Haftung des Staates für selbständige Anstalten des öffentlichen Rechtes ausgeschlossen wird¹⁴⁷. Und schliesslich wirkt sich auch § 8 als Milderung der Staatshaftung aus, indem die bereits durch bundesrechtliche Bestimmungen geschaffene Haltung des Gemeinwesens für kantonale Beamte nicht angetastet wird.

Graubünden hat 1944 die subsidiäre Staatshaftung des Verantwortlichkeitsgesetzes von 1902 durch die originäre Haftung ersetzt. Das neue Gesetz zeichnet sich ebenfalls durch die saubere Trennung von Staatshaftung und interner Beamtenverantwortlichkeit aus. Der Geltungsbereich ist weit gezogen: Als schädigende Personen können alle Funktionäre in Betracht kommen, die auf Grund eines öffentlichrechtlichen Aktes zur Ausübung amtlicher Funktionen berufen sind. Subjekte der Ersatzpflicht sind nicht nur der Kanton und die Gemeinden, sondern, in Abweichung von der in anderen Kantonen üblichen Lösung, auch die übrigen öffentlichrechtlichen Körperschaften und selbständigen Anstalten. Hingegen bleibt auch dieses Gesetz ohne Einfluss auf bereits bestehende bundesrechtliche Regelungen (Art. 22). Neben der Bestimmung über die ergänzende Anwendung des OR (Art. 21) weist das Gesetz noch eine grosse Fülle von weiteren Bestimmungen auf, die uns jedoch nur soweit interessieren, als sie die Staatshaftung betreffen. Bemerkenswert ist, dass in Art. 10 erklärt wird, dass der Staat auch Genugtuungsleistungen zu übernehmen hat. Die Frage, ob der Staat auch bei der Geltendmachung des Rückgriffsrechtes vom Beamten den entsprechenden Betrag der Genugtuungsleistung verlangen kann, bleibt offen. Dem System der originären Staatshaftung würde die Uebertragung der Genugtuungsleistung auf den Beamten widersprechen, da es sich beim Anspruch des Dritten gegen den Staat nicht um den gleichen Anspruch handelt wie ihn der Staat gegenüber dem Beamten hat. Mit der Zuständigkeit der Zivilgerichte für alle aus dem Gesetz sich ergebenden Klagen wird die auch von anderen Kantonen gewählte Zuständigkeitsordnung übernommen. Nur für den Fall, dass das Kantonsgericht selbst Beklagter ist, ist das Bundesgericht einzige Instanz (OG Art. 61 lit. c). Das Gesetz

¹⁴⁷ Vgl. Seite 22.

schweigt sich aber darüber aus, wie vorzugehen ist, wenn der Staat auf Grund widerrechtlicher Handlungen des Kantonsgerichtes Beklagter ist (Art. 20).

Das neueste Gesetz dieser Gruppe hat der Kanton Luzern geschaffen. Die uns interessierenden Bestimmungen des Beamtengesetzes vom 28. Juni 1948 lauten folgendermassen:

§ 35. Fügt ein Beamter in Ausübung seiner dienstlichen Verrichtungen einem Dritten widerrechtlich Schaden zu, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, so wird der Staat an Stelle des Beamten dem Dritten nach den Vorschriften des Zivilrechtes zum Ersatze verpflichtet.

Ebenso ist der Staat zum Ersatze verpflichtet, wenn der Beamte dem Dritten in einer wider die guten Sitten verstossenden Weise absichtlich Schaden zufügt.

Das Klagerecht gegen den Beamten ist ausgeschlossen.

§ 36. Der Staat hat gegenüber dem Beamten, der den Schaden verschuldet hat, das Rückgriffsrecht.

Bei einer Mehrzahl von Rückgriffspflichtigen haftet der Einzelne anteilmässig.

Das Rückgriffsrecht verjährt nach dem Ablauf eines Jahres nachdem die Haftbarkeit des Staates rechtskräftig festgestellt oder anerkannt worden ist. Das Verrechnungsrecht des Staates mit Ansprüchen des Beamten bleibt vorbehalten.

§ 37. Der Richter kann die Haftpflicht nach den §§ 34 und 36 ermässigen oder den Richter ganz davon entbinden, sofern dieser durch die Ersatzleistung in eine Notlage geraten würde oder sofern die persönlichen Verhältnisse oder die Umstände es als angezeigt erscheinen lassen.

Hier ist die originäre Natur der Haftbarkeit des Kantons weniger augenfällig als bei den übrigen Gesetzen dieser Gruppe. Besonders Absatz 1 des § 35, wo es heisst: «...so wird der Staat an Stelle des Beamten ... zum Ersatze verpflichtet...» weist auf eine gewisse Aehnlichkeit mit der Gruppe der akzessorischen Haftung hin. Mit den Worten «an Stelle des Beamten» hebt das Gesetz aber nicht die Abhängigkeit der Staatshaftung von der Beamtenverantwortlichkeit hervor, sondern es umschreibt damit lediglich den Umfang der Staatshaftung. Diese Worte erhalten den richtigen Sinn erst, wenn man sie mit den nachfolgenden «...nach den Vorschriften des Zivilrechtes» in Zusammenhang bringt. Würden die Worte «an Stelle des Beamten» fehlen, würde es also nur heissen, der Staat hafte nach den Vorschriften des Zivilrechtes, so käme dies einer Unterstellung des Staates unter die Haftung des Geschäftsherrn und der juristischen Person gleich. Dem Gesetzgeber war es aber offenbar darum zu tun, dies zu vermeiden. Er wollte bezüglich der hoheitlichen Tätigkeit die Kausalhaftung ausschliessen und als

Haftungsgrund das Verschulden des Beamten weiter bestehen lassen¹⁴⁸. § 35 lässt somit den Staat nur in dem Umfange haften, als auch der Beamte schadenersatzpflichtig ist, d. h. er haftet im Sinne von OR Art. 41 für absichtliche oder fahrlässige Schadenszufügung.

Der originäre Charakter ergibt sich aber aus folgendem:

Einmal ist gemäss § 35 Abs. 3 das direkte Klagerecht gegen den Beamten ausgeschlossen, und ferner steht es gemäss § 37 dem Richter zu, die sich aus dem Rückgriffsrecht des Staates ergebende Schadenersatzpflicht des Beamten zu ermässigen oder sogar ganz fallen zu lassen.

Der persönliche Geltungsbereich dieses Gesetzes erfährt durch § 1 eine Einschränkung, indem die Haftung des Kantons nicht eintritt, wenn die schadenszufügende Handlung von einem Mitgliede des Regierungsrates oder von einem Lehrer ausgegangen ist. Hingegen geht aus § 67, Abs. 1 und 2 hervor, dass die Gemeinden bezüglich ihrer eigenen Funktionäre der gleichen Haftung unterliegen wie der Staat.

bb) Haftung für fremdes objektiv widerrechtlichen Verhalten

Entsprechend der Entwicklung im privaten Schadenersatzrecht hat auch das öffentliche Recht Haftungstypen entwickelt, bei denen die Schadenersatzpflicht nicht abhängig ist von einem verschuldeten Handeln der schädigenden Person. Anerkannt ist aber eine Haftung der Kantone für objektiv-widerrechtliches Verhalten der Beamten im allgemeinen noch nicht, auch dort nicht, wo eine solche Haftung nach dem Wortlaut der Gesetze möglich wäre. Auf die Zurückhaltung der Gerichte ist zwar kein allzu grosses Gewicht zu legen, da in den zur Beurteilung gekommenen Fällen die der Haftung zu Grunde liegende widerrechtliche Handlung durchwegs eine verschuldete war¹⁴⁹. Unbestritten ist es aber, dass die Kantone auch für objektiv-widerrechtliches Verhalten ihrer Funktionäre einzustehen haben, wo kraft Bundesrecht eine solche Haftung vorgesehen ist (Art. 849 und 955 ZGB). Insbesondere Art. 955 ZGB statuiert die reine Kausalhaftung des Staates. Die Entschädigungs-

¹⁴⁸ Dies im Gegensatz zu Stimmen aus dem Luzerner Juristenverein, die energisch verlangten, dass der Kanton der Kausalhaftpflicht unterstellt werde.

¹⁴⁹ Ausnahme Kt. Thurgau; deshalb ist dieses Gesetz auch nicht in diese Gruppe eingereiht worden (vgl. Seite 82).

pflicht geht aber nicht so weit, dass sie auch durch rechtmässige Handlungen der Grundbuchführer begründet werden könnte¹⁵⁰. Die Haftung nach ZGB Art. 955 ist somit nicht dem Institut der sog. öffentlichrechtlichen Entschädigung zuzuzählen.

Auch Art. 955 ZGB gibt den Kantonen ein Rückgriffsrecht gegen die fehlbaren Beamten. Der Regress ist aber nur zulässig, wenn den Beamten ein Verschulden trifft.

Die Lösung, die in Art. 955 ZGB gefunden wurde, muss als vorbildlich bezeichnet werden. Sie ist einfach und klar und entspricht der Billigkeit mehr als alle andern Systeme. Einerseits besitzt der Geschädigte alle Garantie, dass er für Schaden, der aus widerrechtlichen Hoheitsakten entstanden ist, auch wirklich entschädigt wird. Die subjektiven Momente, die das Handeln des Funktionärs bestimmen, haben jedoch im externen Verhältnis keine Bedeutung mehr. Der Geschädigte ist damit der Pflicht enthoben, den ausserordentlich schwierigen Schuldbeweis zu erbringen, wie er bei der akzesorischen Staatshaftung unerlässlich ist und auch bei der originären Staatshaftung noch vielfach verlangt wird. Wenn die Gegner einer solchen Haftung behaupten, auf diese Art werde das Verantwortungsgefühl der Beamten geschwächt, so ist dies keineswegs stichhaltig. Denn es steht nichts im Wege, nicht nur die strafrechtliche und disziplinarische, sondern auch die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Beamten gegenüber dem Staat beliebig scharf zu gestalten. Auch die «Flucht in die Anonymität» wird durch die Einführung der Kausalhaftung des Staates nicht begünstigt. Dass die hoheitliche Verwaltung immer mehr einen anonymen Charakter annimmt, soll damit nicht bestritten werden. Hier handelt es sich aber nur um die Anpassung der Haftungsbestimmungen an einen bereits bestehenden Zustand.

Wenn die direkte Belangbarkeit des Beamten durch den Geschädigten nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist, besteht zudem noch die Möglichkeit, gegen den Fehlbaren direkt vorzugehen¹⁵¹.

Es liegt natürlich nahe, auch den Staat bezüglich seiner Arbeitskräfte als Geschäftsherrn zu betrachten¹⁵². Obwohl die Be-

¹⁵⁰ Kommentar Wieland S. 538, Lehmann SJZ S. 17/41 ff., Fisch S. 38.

¹⁵¹ Wieland Kommentar S. 539.

¹⁵² Im Hof, S. 361, betrachtet überhaupt die ganze Staatshaftung für unerlaubte Handlungen seiner Beamten als Nachbildung der Geschäftsherrenhaftung.

amten in einem öffentlichrechtlichen Anstellungsverhältnis stehen und infolgedessen an Stelle der vertraglichen Bindung das hoheitliche Gewaltverhältnis tritt, sind noch genügend Parallelen vorhanden. Gerade in bezug auf die Haftung liegen die Verhältnisse sehr ähnlich. Es ist deshalb verwunderlich, dass sich lediglich Genf¹⁵³ auf dieses privatrechtliche Vorbild gestützt hat.

Aber selbst das Genfer Gesetz (Art. 2) wird in der Praxis nicht als das aufgefasst, was es nach dem Wortlaut und auf Grund des Willens des Gesetzgebers hätte sein sollen und was es auch nach der hier vertretenen Ansicht ist, nämlich eine bewusste Uebertragung der Geschäftsherrenhaftung auf den Staat. Der Vergleich des damaligen Art. 62 a. OR mit dem Art. 2 zeigt, dass nur in einem Punkt eine Differenz besteht: Währenddem a. OR lautet «le patron est responsable du dommage causé par ses ouvriers», heisst es im Genfer Gesetz «L'Etat de Genève et les Communes du Canton sont responsables du dommage causé sans droit par ses fonctionnaires...» Aus den Worten «sans droit» wird nun aber heute ganz allgemein abgeleitet, dass der Staat nur dann haftet, wenn dem Beamten ein Verschulden nachgewiesen werden kann. Dieser Auffassung begegnet man nicht nur in der Literatur, sondern auch das Bundesgericht und die Genfer Gerichte scheinen sich ihr angeschlossen zu haben¹⁵⁴. Angesichts der wenig zahlreichen Entscheide kann aber von einer feststehenden Praxis bezüglich der Auslegung von Art. 2 nicht gesprochen werden. Tatsache ist, dass das Ver-

¹⁵³ Loi concernant la responsabilité civile de l'Etat de Genève et des Communes du 23 mai 1900:

Art. 1. L'Etat de Genève et les Communes du Canton sont tenus de réparer le dommage résultant pour des tiers d'actes illicites commis soit à dessein, soit par négligence ou par imprudence dans l'exercice de leurs fonctions par les magistrats qui les représentent.

Art. 2. L'Etat de Genève et les Communes du Canton sont responsables du dommage causé sans droit par les fonctionnaires ou employés dans l'accomplissement de leur travail, à moins qu'ils ne justifient avoir pris les précautions voulues pour prévenir ce dommage.

¹⁵⁴ Werner, S. 109: «Le demandeur devra donc établir le dol ou la faute de l'agent de l'Etat et non seulement l'existence du dommage comme cela serait le cas si la disposition de l'art. 55 du C. O. était applicable» (BGE 38 II 397): «La seule différence avec l'art. 62 C. O. ancien consiste en ce que, d'après la loi genevoise, l'Etat n'est responsable que des actes commis «sans droit» par ses fonctionnaires et employés, c'est à dire de leur actes illicites, tandis que l'existence d'un acte illicite n'est pas indiqué par l'art. 62 comme une condition de la responsabilité du patron.»

schulden des Beamten oder Angestellten vom Kläger immer bewiesen wird und dass die Gerichte diese Beweise prüfen¹⁵⁵.

Nach unserer Auffassung müssten die Worte «sans droit» im Sinne der objektiven Widerrechtlichkeit verstanden werden. Dies kann schon aus dem Art. 1 des Gesetzes geschlossen werden, wo für die Magistraten als Voraussetzung für die Entstehung der Schadenersatzpflicht schuldhaftes Handeln verlangt wird «soit à dessein, soit par négligence ou par imprudence...» E contrario muss man aus der Weglassung dieser das Verschulden umschreibenden Ausdrucksweise und deren Ersetzung durch die Worte «sans droit» schliessen, dass im Art. 2 das Verschulden nicht Voraussetzung sein muss. Wenn im OR die Widerrechtlichkeit bei der Geschäftsherrenhaftung nicht speziell erwähnt wird, so hat das seinen Grund darin, dass die Geschäftsherrenhaftung im Abschnitt über die unerlaubte Handlung untergebracht ist, in dem ohnehin nur von widerrechtlichen Handlungen die Rede ist. In einem Staatshaftungsgesetz hat es aber seinen guten Sinn, darauf hinzuweisen, dass die Ersatzpflicht nur bei widerrechtlichen Handlungen gegeben ist, denn beim Staat könnte man sonst geneigt sein, anzunehmen, eine Haftung trete auch bei rechtmässiger Schadenszufügung ein. Im Entwurf II zum Genfer Gesetz fehlten die in Frage stehenden Worte; sie wurden erst auf Vorschlag eines Deputierten eingefügt. Aus seinen Worten und aus der Beantwortung seines Votums durch den Kommissionsreferenten ergibt sich ohne Zweifel, dass die Worte «sans droit» nicht gewählt wurden, um damit das Verschulden zur Voraussetzung der Staatshaftung zu machen¹⁵⁶. Entsprechend dieser Auffassung sind folglich auch alle mit dieser Regelung in Zusammenhang stehenden Fragen entsprechend den im Privatrechte zur Geschäftsherrenhaftung entwickelten Lehren zu behandeln. Daraus ergibt

¹⁵⁵ Cour de Justice Civile, 18 octobre 1918 (semaine judiciaire 1918, S. 522).

¹⁵⁶ Mémorial 1900, S. 829: «A l'Art. 2 Messieurs il y a évidemment une omission. On parle de la responsabilité du dommage causé par les fonctionnaires. Mais cela doit être un dommage causé sans droit. Je ne pense pas qu'on veuille étendre la responsabilité civile, telle qu'elle est circonscrite par le Code fédéral des obligations. Car enfin, un agent de police qui exécute un mandat d'arrestation cause un dommage, il prive de sa liberté individuelle celui qu'il arrête, mais il le fait avec droit. Il faut donc introduire encore la nation „sans droit“»

Der Kommissionsreferent antwortete (S. 835): «Je suis d'accord ... pour introduire les mots «sans droit», après «causé», bienque le renvoi de l'art. 3 aux règles du Code des Obligations soit suffisant pour indiquer qu'il s'agit d'un dommage causé sans droit.»

sich als wichtigste Konsequenz, dass als Voraussetzung für die Staatshaftung nach Art. 2 des besprochenen Gesetzes auf Seiten des Beamten widerrechtliches, mit dem Amte in Zusammenhang stehendes Handeln erforderlich ist und auf Seite des Staates Ausserachtlassen der erforderlichen Sorgfalt. Für das Gelingen des Entlastungsbeweises werden ebenfalls die gleichen Anforderungen gestellt werden müssen wie beim Geschäftsherrn. Der Staat hat demnach den Beweis zu erbringen, dass er *diligentia in eligendo, instruendo und custodiendo* hat walten lassen¹⁵⁷.

Nach neuerer Auffassung ist die Geschäftsherrenhaftung nicht mehr eine solche für Verschulden, sondern eine durch den Entlastungsbeweis gemilderte Kausalhaftung¹⁵⁸. Um auf den Staat diesen Haftungstyp anwenden zu können, scheint folglich auch die Deliktsfähigkeit des Staates nicht mehr angenommen werden zu müssen. Trotzdem muss man aber zum Ergebnis kommen, dass auch die Sorgfaltspflicht eine Pflicht ist, die der Staat als solcher nicht übernehmen kann, und zwar aus denselben Gründen, aus denen er selbst nicht deliktstfähig im Sinne von Art. 41 OR sein kann¹⁵⁹. Ja, man kann noch weiter gehen und sagen, der Staat kann zwar auf Grund einer positiven Norm haftbar gemacht werden für die Handlungen, die seine Organe vornehmen: und dies nicht, weil er selbst deliktstfähig ist, sondern weil man es als billig erachtet, ihn in dieser Weise haften zu lassen: er haftet dann eben nicht mehr für sein eigenes Verhalten, sondern für dasjenige seiner Organe; bei der Geschäftsherrenhaftung ist eine solche Konstruktion aber nicht möglich, denn dort ist einerseits ein bestimmtes Verhalten einer natürlichen Person, des Angestellten, und andererseits die Ausserachtlassung der Sorgfaltspflicht beim Geschäftsherrn erforderlich. Sorgfaltspflichten kann aber der Staat selbst nur dann übernehmen, wenn es begrifflich möglich ist, dass ihn ein Verschulden treffen kann, d. h. wenn er deliktstfähig ist. Zwar können seine Organe schuldhaft handeln und Sorgfaltspflichten ausser Acht lassen.

¹⁵⁷ Semaine judiciaire 1918, S. 553. «L'Etat a en effet pas seulement l'obligation de ne prendre à son service que des personnes consciencieuses et compétentes, mais encore celle de surveiller ses fonctionnaires et de leur donner des instructions telles qu'ils soient exactement renseignés sur leurs attributions respectives et sur l'attitude à prendre en présence d'un cas courant...»

¹⁵⁸ v. Thur I S. 353.

¹⁵⁹ Vgl. S. 111

Will man eine Staatshaftung in diesem Sinne einführen, dann müsste man aber einen andern Wortlaut wählen; der Gesetzestext müsste z. B. folgendermassen lauten: «Der Staat haftet für den Schaden, den seine Unterbeamten und Angestellten bei ihrer amtlichen Tätigkeit verursachen, sofern er nicht nachweist, dass seine Organe (Magistrate) alle erforderliche Sorgfalt angewendet haben, um einen solchen Schaden zu verhüten.» Aus dem Gesagten geht hervor, dass Genf eben auch im Art. 2 seines Gesetzes den Staat als deliktsfähige juristische Person betrachtet. Es ist somit der Art. 2 in einem weiteren Sinne eine Bestätigung für die Bedeutung, die dem Art. 1 zugelegt werden soll.

b) Der Staat haftet für sein eigenes fehlerhaftes Verhalten

Wenn wir hier festgestellt haben, dass der Staat das primäre Haftungssubjekt geworden ist, so ist damit noch nicht gesagt, dass diese Haftung eine solche für eigenes Verhalten bedeutet. So kann diese Haftung zwar aufgefasst werden und sie wird es in der Praxis in gewissen Fällen auch. Aber das muss nicht so sein. Trotzdem die Haftung eine primäre ist, kann man sie als eine solche für fremdes Verhalten auffassen. Diese beiden Möglichkeiten sind auseinanderzuhalten, und dies soll im Folgenden geschehen.

Ob die Schadenersatzpflicht des Staates als eine solche für eigenes Verhalten begrifflich überhaupt möglich ist, wird von der Rechtswissenschaft verschieden beurteilt. Die Beantwortung ist zunächst davon abhängig, ob man dem Staat die Rechtssubjektivität zuerkennen will oder nicht. Leugnet man sie, dann kann man von einer Schadenersatzpflicht des Staates selbst überhaupt nicht sprechen¹⁶⁰. Anerkennt man sie aber, so muss wiederum zuerst entschieden sein, ob diese juristische Person «Staat» bezüglich der Haftung gleich wie die andern juristischen Personen zu behandeln ist, oder ob für sie andere oder überhaupt keine Rechtsnormen bestehen.

¹⁶⁰ G. Jellinek Allg. Staatsr. 1914, S. 169, indem er die Erklärung des Staats als R'verhältnis ablehnt, schreibt:

«Man kann im Ernst doch wohl nicht von der Haftbarkeit eines R'verhältnisses sprechen. Es wird aber zugegeben werden müssen, dass es durchaus einem Gebot der Billigkeit entspricht, wenn der Personenverband (Staat), der täglich auf die verschiedenste Weise in den Verkehr eingreift, auch zivilrechtlich haftbar gemacht werden kann.»

Die herrschende Meinung sieht im Staat ein Rechtssubjekt¹⁶¹. Ganz abgelehnt wird die Rechtssubjektivität von Loening, Duguit¹⁶²; andere Autoren lehnen sie teilweise ab¹⁶³.

Auch nach schweizerischer Auffassung ist der Staat Rechtssubjekt¹⁶⁴. Trotzdem muss man aber anerkennen, dass ihm als solchem eine besondere und in mancher Beziehung andere Stellung zukommt als den übrigen Personen. Das Verhältnis der Ueber- und Unterordnung zwischen ihm und den Bürgern lässt es gar nicht zu, dass das Rechtssubjekt Staat in allen Beziehungen der Einzelperson gleichgestellt sein kann. Deshalb sind auch nicht alle Regeln, die für die juristische Person des Privatrechts gelten, auf den Staat anwendbar¹⁶⁵.

Es gibt bezüglich der uns beschäftigenden Frage, ob der Staat selbst fehlerhaft handeln könne, verschiedene Ansichten. Dieses Auseinanderfallen der Meinungen beschränkt sich aber nicht nur auf die Stellung des Staates; es hat seinen Ursprung in den verschiedenen Theorien über das Wesen der juristischen Person über-

¹⁶¹ v. Gierke 28. Deutscher Juristentag 1905, S. 112.

Jellinek G., Allg. Staatsrecht 1929, S. 162 ff.

P. Laband, das Staatsrecht des dt. Reiches, 5. Aufl., Berlin/Tübingen 1911, Fleiner Institutionen S. 4. [1. Bd. S. 56 ff.]

Maurice Hauriou Précis de droit administratif et de droit public vol. I, 11ème ed. Paris 1927.

Haff Karl, Institutionen der Persönlichkeitslehre und des Körperschaftsrechts, Zürich 1918, «S. 171». Im Privatrecht ist die Frage, ob ein Verband Rechtssubjektseigenschaften besitzt, von grösster Bedeutung. Demgegenüber tritt diese Frage beim Staate sehr zurück. Der Staat ist, auch wenn ihm die Eigenschaft als Rechtssubjekt versagt wird, doch ein einheitliches Herrschaftssubjekt und aus diesem Tatbestande ergeben sich, wie die Geschichte des Staatsbegriffes zeigt, immer wieder einheitliche vermögensrechtliche Wirkungen. Dies hat denn auch die Mehrheit der Schriftsteller dazu geführt, die Rechtspersönlichkeit des Staates zu bejahen.»

¹⁶² Eidg. Loening Art. «Staat» Im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (Elster Weber Wieser) VI S. 907 ff.

Léon Duguit Traité de droit constitutionnel 2ième éd. S. 256 ff.

Paris 1923 und 3 éd. 1924 S. 451.

¹⁶³ Otto Mayer: Die juristische Person und ihre Verwendbarkeit im ö.R. (in Festgabe für Laband). Tübingen 1908, S. 46 ff.

Giacometti: Staatsrecht der Kantone S. 181 ff.

Affolter: Archiv für öffentliches Recht 20, S. 375.

¹⁶⁴ BGE 54 II 371, 54 II 303: «Nun ist zwar die Haftung der juristischen Personen, zu denen auch der Staat gehört, allgemein im Art. 55 ZGB geordnet. Für die öffentlich-rechtlichen Körperschaften...»

Ruck, Staatsrecht S. 20, S. 77.

Egger, Art. 59 N 7: «Ueber die juristische Persönlichkeit des Gemeinwesens selbst mit seinen allgemeinen Zwecken besteht im Rechtsleben kein Zweifel.»

¹⁶⁵ Vgl. Seite 7 ff.

haupt. Je nach der Vorstellung, die man von ihr hat, wird man die Deliktsfähigkeit entweder bejahen oder verneinen. Voraussetzung für die Annahme, die juristische Person könne deliktisch handeln, ist die Anerkennung der Realitätstheorie. Solange man ihre Handlungsfähigkeit bestreitet, wie dies von den Anhängern der Fiktions- theorie getan wird, kann auch von einer Deliktsfähigkeit nicht gesprochen werden. Die Handlungen der Menschen, die für die juristische Person handeln, werden hier als Handlungen dieser Personen und nicht als solche der Körperschaft aufgefasst. Es gibt nach der Fiktionstheorie keinen vom Einzelwillen der Glieder zu unterscheidenden besondern Willen der juristischen Person. Alle Handlungen bleiben solche der Vertreter. Handelt ein solcher fehlerhaft, dann wird ihm diese Handlung als eigene angerechnet, und zwar auch dann, wenn er ausschliesslich Geschäfte für seinen Auftraggeber betreibt.

Das schweizerische Privatrecht hat sich aber nicht der Fiktions-, sondern der Realitätstheorie angeschlossen. Dadurch wird die juristische Person zu einer wirklich existierenden Persönlichkeit. Die Menschen, die für sie handeln, sind selbst Teile der juristischen Person und bringen als solche den Verbandswillen zum Ausdruck. Ihre Handlungen sind auch dann solche der Körperschaft, wenn sie deliktisch sind. Damit ist die juristische Person des Privatrechts deliktsfähig.

Für den Staat selbst wird die Deliktsfähigkeit aber im allgemeinen abgelehnt¹⁶⁶. Wenn trotzdem die primäre Staatshaftung immer mehr an Bedeutung gewonnen hat, so darf daraus nicht der Schluss gezogen werden, man beginne, sich zur Deliktsfähigkeit des Staates zu bekennen. Dass die Haftung eine primäre ist, sagt über die juristische Natur dieser Haftung noch nichts.

In einem Kanton können wir aber eindeutig feststellen, dass die Haftung des Staates als eine solche für eigenes fehlerhaftes Verhalten aufgefasst wird. Wir meinen die Haftung, wie sie im Art. 1 des Genfer Staatshaftungsgesetzes von 1900 statuiert

¹⁶⁶ Wir lassen den Staat in seiner Eigenschaft als Privatrechtssubjekt ausser Betracht.

Schütz, S. 17, stützt sich ganz auf die organische Theorie und nimmt infolgedessen auch die Deliktsfähigkeit des Staates an. Er irrt sich aber, wenn er glaubt, diese Theorie liege den Staatshaftungsgesetzen zu Grunde, sie sei die herrschende. BGE 63 II 33.

ist ¹⁶⁷. Der Wortlaut des Artikels allein genügt nun allerdings noch nicht, um zu beweisen, dass Genf tatsächlich an die Deliktsfähigkeit des Staates dachte. Unterscheidet er sich doch recht wenig von ähnlichen Bestimmungen anderer Kantone, wo wir die Haftung als eine solche für fremdes und nicht für eigenes Verhalten bezeichneten ¹⁶⁸. Eine Gegenüberstellung dieses Artikels mit dem Art. 2, die Gesetzesmaterialien, die Judikatur und die Literatur schliessen aber jeden Zweifel an unserer Annahme aus.

Der Vergleich von Art. 1 mit Art. 2 lässt erkennen, dass hier eine bewusste Unterscheidung zwischen «magistrats», d. h. Organen einerseits und übrigen Beamten und Angestellten (Hilfspersonen) andererseits gemacht wird. Nun ist ja auch das kein Beweis, sondern mehr ein Indiz. Die Anlehnung an die im Privatrecht übliche Unterscheidung zwischen Organ und Hilfsperson ist aber doch zu offensichtlich, als dass sie einfach übergangen werden dürfte.

Soweit die Magistraten widerrechtlich Schaden zufügen, gelten ihre Handlungen als solche des Staates selbst: bei Beamten und Angestellten haftet der Staat für das fehlerhafte Verhalten seiner Untergestellten, gleich wie dies der Geschäftsherr im Privatrecht tut.

In diesem Sinne werden die beiden Artikel auch von den Genfer Gerichten und vom Bundesgericht verstanden ¹⁶⁹. Der Bundes-

¹⁶⁷ Vgl. Anmerkung Nr. 153.

¹⁶⁸ Z. B. Neuenburg: «L'Etat et les Communes sont tenus de réparer le dommage résultant d'actes illicites commis par leurs fonctionnaires ou employés publics dans l'exercice de leurs fonctions ou emplois» (art. 1 de la loi sur la responsabilité civile de l'Etat et des Communes).

¹⁶⁹ Semaine jud. 1937, S. 289: «En accordant des délais à un locataire dont l'évacuation a été prononcée et en refusant d'assister un huissier dans l'exécution d'un jugement d'évacuation, les organes de l'Etat commettent un acte illicite dont l'Etat lui-même est responsable à teneur de l'art. 1.»

BGE 38 II 397: «... La signification des deux hypothèses différentes prévues par l'art. 1 et par l'art. 2 se dégage très nettement de l'étude des travaux d'élaboration de la loi. L'art. 1 vise le cas d'un acte illicite commis par l'Etat lui-même soit par la collectivité représentée par ses organes constitutionnelles; l'art. 2 au contraire institue une responsabilité de l'Etat à raison du fait d'autrui, c'est à dire à raison des actes commis par les personnes qui n'ont pas la qualité d'organes de l'Etat, mais qui sont à son service. Ainsi que s'exprimait l'un des orateurs au Grand Conseil. La responsabilité de l'art. 1 est une «responsabilité directe, découlant des actes que l'Etat lui-même accomplit» et la responsabilité de l'art. 2 est une «responsabilité réfléchie résultant des abus ou des actes illicites commis par ses fonctionnaires». En d'autres termes, les deux hypothèses indiquées aux art. 1 et 2 sont celles qui, pour les particuliers

gerichtsentscheid 38 II 397 gibt gleichzeitig die Auffassung des Gesetzgebers wieder.

Heute hätte Genf vielleicht den Art. 55 ZGB direkt auf den Staat anwendbar erklärt. Um 1900 fehlten aber Bestimmungen über die Haftung der juristischen Person. Das alte OR (Art. 62) liess diese lediglich für ihre Angestellten und Arbeiter haften, bezüglich der Organe hat es sich nicht geäussert. Auch im damaligen Genfer Privatrecht, dem Code Napoléon, ist darüber nichts zu finden.

Vielleicht hat auch im Kanton Neuenburg anfänglich die Auffassung vorgeherrscht, der Staat sei der deliktsfähigen juristischen Person gleichzustellen. Denn der Regierungsrat gebraucht in seinem «rapport du Conseil d'Etat»¹⁷⁰ genau dieselben Worte, wie sie bei der Gesetzesberatung in Genf¹⁷¹ zur Verteidigung der Fiktions- theorie vorgebracht wurden und betont, dass er sich dieser Auffassung nicht anschliessen könne. Da aber im Gegensatz zu Genf im Kt. Neuenburg die Trennung zwischen Organ und übrigen Beamten und Angestellten nicht gemacht wird, und da auch in der Judikatur sich nichts findet, das auf eine derartige Begründung der Staats- haftung schliessen liesse, darf dieser vereinzelter Aeusserung bei der Gesetzesberatung keine allzu grosse Bedeutung beigelegt werden.

Mit der bewussten Gleichsetzung des Staates als Haftungssubjekt mit der deliktsfähigen juristischen Person des Privatrechts hat Genf einen gewagten Schritt getan. Es ist damit wie erwähnt, allein ge- blieben. In ihrer praktischen Auswirkung ist die Genfer Lösung zwar nicht schlecht. Der Art. 1 wurde schon oft von den Gerichten angerufen, und das Gesetz hat sich dabei bewährt. Vom öffentlich- rechtlichen Standpunkt aus gesehen, muss man sich aber doch fra- gen, ob der Staat überhaupt fehlerhaft handeln kann. Diese Zweifel betreffen übrigens nicht nur den Staat als juristische Person des öffentlichen Rechts, sondern sie haben auch dann volle Bedeutung, wenn der Staat im Privatrechtsverkehr als gleichgeordnetes Rechts- subjekt auftritt. Denn es ist schwer einzusehen, wieso er das eine Mal deliktsfähig sein soll und das andere Mal nicht. Und selbst auf dem Boden des Privatrechts ist die Deliktsfähigkeit der juristischen

sont prévues à l'art. 50 et à l'art. 62 C.O. ancien, articles qui, d'après les dé- clarations même de l'auteur de la loi ont servi de prototypes pour la rédaction du texte de la loi genevoise».

¹⁷⁰ Bd. 64, Bulletin du Grand Conseil, S. 292.

¹⁷¹ Débat du 17. I. 1900 (Bd. I 1900, S. 69 und 70), Mémorial du Grand Conseil.

Person eine sehr umstrittene Angelegenheit¹⁷². Umso mehr sind Bedenken angebracht, wenn es sich um den Staat als Herrschaftssubjekt handelt. Eine ablehnende Haltung ist schon bei der Beratung des Genfer Gesetzes deutlich zum Ausdruck gekommen¹⁷³. Man kann dieser Argumentation ihre Berechtigung nicht absprechen. In ähnlichem Sine haben sich noch andere geäußert¹⁷⁴. Diese Autoren betonen, dass der Staat dazu da ist, das objektive Recht zu verwirklichen. Dies zu tun, ist Aufgabe seiner Organe. Handeln diese aber dem objektiven Recht zuwider, so fällt eine solche Handlung nicht mehr in ihre Zuständigkeit, gilt deshalb auch nicht mehr als eine solche des Staates. Es kann somit kein rechtswidriges Handeln des Staates selbst geben.

Damit ist aber über die Berechtigung oder Nichtberechtigung der Staatshaftung noch kein Urteil gefällt, denn das Gesetz kann eine solche trotzdem statuieren; es kann beispielsweise aus Gründen der Billigkeit bestimmen, dass die Wirkungen der Handlung der Organe unmittelbar für, bzw. gegen den Staat eintreten. Auch beim Beispiel Genfs liess sich, wenn man die Entstehung des Ge-

¹⁷² Egger zu Art. 55.

¹⁷³ Mémorial du Grand Conseil 1900, Bd. I, S. 69:

«L'Etat est un être impersonnel, qui est chargé d'assurer les rapports de droit entre les habitants.»

S. 70: «Messieurs, quelle responsabilité veut-on faire peser sur l'Etat? Une responsabilité directe ou une responsabilité réfléchie une responsabilité directe découlant des actes que lui-même accomplit, et une responsabilité réfléchie résultant des abus et des actes illicites commis par ses fonctionnaires. On pourrait se demander d'abord, si l'Etat peut commettre des délits. L'Etat peut-il délinquer? ... Qu'est-ce que c'est l'état? La souveraineté réside dans le peuple chez nos démocraties suisses. Mais l'Etat qu'est-ce que c'est? C'est le délégué et la manifestation de cette souveraineté, c'est celui qui exécute les volontés populaires. Mais il n'a pas d'autres droits que d'exécuter le mandat qu'il a reçu, en un mot, son activité est limitée à sa fonction. Eh bien, jamais le peuple a donné à l'Etat le mandat ou la faculté de délinquer. Cela n'existe pas, c'est contraire à toute théorie.... l'Etat par lui-même ne peut pas commettre des délits.

¹⁷⁴ Burckhardt, Organisation S. 417 ff.

Roos S. 378. Duguít: L'Etat, les gouvernants et les agents, S. 637, verneint die Deliktsfähigkeit, weil er der Rechtspersönlichkeit des Staates überhaupt ablehnen gegenübersteht. «La responsabilité de l'Etat ne peut jamais être fondée sur une faute, pour cette bonne raison que, l'Etat n'étant point une personne, mais une pure abstraction, ne peut pas commettre une faute.»

BGE 63 II 33: «On ne peut penser à «une faute» de l'Etat qui ne soit pas une faute d'un de ses fonctionnaires. Une «responsabilité de l'Etat lui-même en sa qualité de personne morale de droit public», si elle a pu être défendue en doctrine, est contraire au droit Suisse.»

setzes und die Judikatur ausser Acht lässt, die Staatshaftung anders erklären. Man sollte sich auf den Standpunkt stellen, dass der Staat, soweit er als Hoheitsmacht auftritt, nie mit der juristischen Person des Privatrechts verglichen werden kann, dass aber aus Zweckmässigkeits- und Billigkeitsgründen die Haftung an diejenige der juristischen Person angeglichen werden kann.

LEBENS LAUF

Ich wurde im Jahre 1917 in Zürich geboren und besuchte daselbst die Primarschule, anschliessend in einer Vorortsgemeinde sowie in einem Institut des Kantons Thurgau die Sekundarschule. Nach zwei Jahren Oberrealschule in Zürich erfolgte die weitere Vorbereitung auf die Maturität in Bern. Das im Jahre 1938 an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich begonnene Studium wurde sehr oft und in ausgedehntem Masse durch Militärdienstleistungen unterbrochen. Auch nach Ablegung der Examen im Jahre 1946 gemäss den damals geltenden Interimsbestimmungen leistete ich wiederum während langer Zeit Militärdienst (Instruktionsdienst). Die Promotion erfolgte im Herbst 1950.

Anhang : Die kantonalen Staatshaftungserlasse
(nachgeführt bis Oktober 1952)

Kanton	Verfassungsbestimmung (Art. bezw. § u. Jahrzahl der V.)	Staatshaftungsgesetz	Staatshaftung
ZH			keine
BE	Art. 15 (1893)	VG 19. 5. 1851	akzessorische, direkt
	do.	Beamt.-G.-Entwurf 10. 7. 1952 Art. 34—39	originäre, für fremdes Verschulden
LU	Art. 16 (1875)	Beamt.-G. 28. 6. 1948 Art. 35—37	originäre, für fremdes Verschulden
UR	Art. 17 (1888)	—	akzessorische, direkt
SZ	—	—	keine
NW	—	—	keine
OW	—	—	keine
GL	—	Beamt.-G. 1946	akzessorische, direkt
ZG	§ 19 (1894)	VG 29. 12. 1931	akzessorische, subsidiär
FB	Art. 58, 73 (1857)	VG 5. 10. 1850	akzessorische, nur nach verweigerter
	do.	Beamt.-G. 15. 11. 1951	do. [Beamtenverfolgungsermächtigung
SO	Art. 7 (1895)	Beamt.-G. 23. 11. 1941 §§ 35—37	akzessorische, subsidiär
BS	Art. 9 (1889)	Beamt.-G. 25. 11. 1926 §§ 37—42	akzessorische, direkt
BL	§ 28 (1892)	VG 25. 11. 1851	akzessorische, direkt
SH	Art. 30 (1876)	EG z. ZGB 27. 6. 1911 Art. 141—143	originäre, für fremdes Verschulden
AR	—	—	keine
AI	—	—	keine
SG	—	—	keine
GR	Art. 44 (1894)	VG 26. 5. 1944	originäre, für fremdes Verschulden
AG	§ 8 (1885)	VG 21. 12. 1939	originäre, für fremdes Verschulden
TG	Art. 20 (1869)	VG 25. 9. 1851	akzessorische, nur nach verweigerter Beamtenverfolgungsermächtigung
TI	—	—	keine
VD	—	St. H. G. 29. 11. 1904	originäre, für fremdes objektiv wider- rechtliches Verhalten
VS	Art. 21 (1907)	—	akzessorische, subsidiär
NE	Art. 21 (1858)	St. H. G. 2. 12. 1903	originäre, für objektiv widerrechtliches Verhalten
GE	—	St. H. G. 23. 5. 1900	originäre, für eigenes fehlerhaftes Verhalten

VG = (Beamten-)Verantwortlichkeitsgesetz; St. H. G. = Staatshaftungsgesetz

